

DER ALLGEMEINE ANSPRUCH
AUF FREISTELLUNG VON DER ARBEIT

Eckhard Wohlgemuth

1970

Der allgemeine Anspruch auf

Freistellung von der Arbeit

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität

zu München

vorgelegt

von

Eckhard Wohlgemuth

1970

Referent: Prof. Dr. jur. Werner R o t h e r

Korreferent: Prof. Dr. jur. Ernst S t e i n d o r f f

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Dezember 1970



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
<u>Erster Teil: Gegenstand der Untersuchung</u>	4
<u>1. Kapitel: Freistellung von der Arbeit</u>	4
I. Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeit	4
II. Befreiung durch den Arbeitgeber	8
III. Befreiung nicht zur Erholung	13
IV. Zur Terminologie	15
<u>2. Kapitel: Fakultative und obligatorische Freistellung</u>	18
I. Fakultative Freistellungen	18
II. Obligatorische Freistellung	21
<u>3. Kapitel: Allgemeiner Freistellungsanspruch und besonders geregelte Fälle</u>	23
I. Allgemeiner Anspruch auf Freistellung von der Arbeit	23
II. Die besonderen Freistellungsansprüche	23
Zusammenfassung des ersten Teils	37
<u>Zweiter Teil: Die Anspruchsberechtigung</u>	38
<u>1. Kapitel: Grundlagen und Voraussetzungen des allgemeinen Freistellungsanspruchs</u>	38
I. Meinungsstand zur Möglichkeit eines allgemeinen Freistellungsanspruchs	38
1) Rechtsprechung	38
2) Literatur	40

II. Ableitung des allgemeinen Freistellungsanspruchs aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	42
1) Wesen und Inhalt der Fürsorgepflicht	42
2) Die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage	44
3) Freistellungsansprüche aus der Fürsorgepflicht	50
a) - nach der Verkehrsanschauung	50
aa) Bestehen eines wichtigen Freistellungsgrundes	52
bb) Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers	60
cc) Keine "Unzumutbarkeit" der Arbeitsleistung	68
b) - auf Grund betrieblicher Übung	73
c) - infolge der Gleichbehandlungspflicht	77
III. Gewohnheitsrechtlicher Freistellungsanspruch	79
<u>2. Kapitel:</u> Zeitliche Bestimmung des allgemeinen Freistellungsanspruchs	82
I. Zeitpunkt der zu beanspruchenden Freizeit	82
II. Umfang der zu beanspruchenden Freizeit	87
<u>3. Kapitel:</u> Abdingbarkeit des allgemeinen Freistellungsanspruchs	90
I. Ausschließbarkeit künftiger Freistellungsansprüche	90
II. Aufhebbarkeit entstandener Freistellungsansprüche	94
Zusammenfassung des zweiten Teils	96

	Seite
<u>Dritter Teil: Das Freistellungsverfahren</u>	98
<u>1. Kapitel: Normaler Verlauf der Freistellung</u>	98
I. Freistellungsantrag des Arbeitnehmers	98
II. Freistellungsakt des Arbeitgebers	102
<u>2. Kapitel: Versagung der Freistellung</u>	107
I. Erzwingung der Freistellung	107
1) Anrufung des Arbeitsgerichts	108
2) Außergerichtliche Maßnahmen	112
II. Rechtsfolgen ungerechtfertigter Verweigerung	116
<u>3. Kapitel: Eigenmächtiges Vorgehen des Arbeitnehmers</u>	118
Zusammenfassung des dritten Teils	122
<u>Vierter Teil: Rechtsfolgen der Freistellung</u>	123
<u>1. Kapitel: Einfluß auf die Arbeitspflicht</u>	123
I. Vorübergehendes Ruhen der Arbeitspflicht	123
II. Keine Nachholpflicht	124
III. Bindungswirkung der Freistellung	125
<u>2. Kapitel: Bedeutung für das Arbeitsentgelt</u>	127
I. Problem und Meinungsstand	127
II. Beschränkter Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts	130
<u>3. Kapitel: Auswirkung auf Erholungsurlaub und Hausarbeitstag</u>	140
I. Anrechnung der Freistellungszeit auf den Erholungsurlaub	140
II. Einfluß auf den Hausarbeitstag	145

	Seite
4. Kapitel: Weitere Rechtsfolgen	146
I. Freistellung und Bestand des Arbeits- verhältnisses	146
II. Freistellung und Betriebszugehörigkeit	148
III. Freistellung und Anwesenheitszeit	155
Zusammenfassung des vierten Teils	159
Schlußbemerkung	161

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher, Kommentare und Monographien

- AYE Hans Adolf Das Mutterschutzgesetz, 6. Aufl.
Essen 1969
- BAUMBACH Adolf - Zivilprozeßordnung, 30. Aufl.
LAUTERBACH Wolfgang München-Berlin 1970
- BOBROWSKI Paul - Das Arbeitsrecht im Betrieb,
GAUL Dieter 5. Aufl. Heidelberg 1965
- BOLDT Gerhard - Mindesturlaubsgesetz für Arbeit-
RÖHSLER Waldemar nehmer, 2. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-
München 1968
- BORRMANN Karl Kommentar zum Bundesurlaubsgesetz,
Heidelberg 1963
- BROX Hans Grundbegriffe des Arbeitsrechts,
Stuttgart 1967
- BULLA Gustav Adolf Lohn trotz Nichtleistung von Arbeit,
Düsseldorf 1965
- BULLA Gustav Adolf - Mutterschutzgesetz, 3. Aufl.
HACKBEIL Werner München 1968
- DEGEN Alois - Recht des Arbeitsvertrags, Lose-
SPIERTZ Hans Blatt-Sammlung Frankfurt/Main
Stand 1966
- DENECKE Johannes Der Dienstvertrag, Sonderausgabe
aus dem RGR-Komm. zum BGB, Band II:
Recht der Schuldverhältnisse,
11. Aufl. Berlin 1959 (zit.:
Denecke, Dienstvertrag)
- ders. Arbeitszeitordnung, 5. Aufl.
München-Berlin 1961 (zit.:
Denecke, AZO)
- DERSCH Hermann - Bundesurlaubsgesetz nebst allen an-
NEUMANN Dirk deren Urlaubsbestimmungen des Bundes
und der Länder, 3. Aufl. München-
Berlin 1964

- | | |
|--|---|
| DIETZ Rolf | Betriebsverfassungsgesetz,
4. Aufl. München-Berlin 1967 |
| ENNECCERUS Ludwig -
LEHMANN Heinrich | Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearb. Tübingen 1958 |
| ENNECCERUS Ludwig -
NIPPERDEY Hans Carl | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 15. Aufl. Tübingen 1959 |
| ERMAN Walter | Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, bearb. v. Arndt u.a.,
4. Aufl. Münster 1967 |
| ESSER Josef | Schuldrecht, Band II: Besonderer
Teil, 3. Aufl. Karlsruhe 1969 |
| FITTING Karl -
KRAEGELOH Walter -
AUFFARTH Fritz | Betriebsverfassungsgesetz,
8. Aufl. Berlin-Frankfurt/Main
1968 |
| FLUHR Gerhard R. | Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis,
Berlin 1940 |
| FREY Erich | Arbeitsbereitschaft, Rufbereit-
schaft, Bereitschaftsdienst,
Speyer 1960 (zit.: Frey, Arbeits-
bereitschaft) |
| GALPERIN Hans -
SIEBERT Wolfgang | Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz, 4. Aufl. Heidelberg 1963 |
| GERHARDT Walter | Der Befreiungsanspruch, zugleich
ein Beitrag zum arbeitsrechtlichen
Freistellungsanspruch, Göttingen 1966 |
| GIESE Friedrich -
SCHUNCK Egon | Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland, 7. Aufl. Frankfurt/Main
1965 |
| GRÖNINGER Karl | Jugendarbeitsschutzgesetz,
4. Aufl. Frankfurt/Main 1965 |
| GRÖNINGER Karl -
THOMAS Werner | Mutterschutzgesetz,
Frankfurt/Main 1968 |
| GROS Paul | Handwörterbuch des Arbeitsrechts
für die tägliche Praxis, 2. Aufl.
Stuttgart 1960 (zit.: Gros, Hand-
wörterbuch) |

- GRÜLL Ferdinand - Handbuch für leitende Angestellte,
HEUBECK Georg - Bd. 1: Soziologischer und arbeits-
KLEINE Gisela - rechtlicher Teil, bearb. von
KORFF Ernst Kleine u. Grüll, Heidelberg 1962
- HAMANN Andreas Das Grundgesetz für die Bundesre-
publik Deutschland, 2. Aufl.
Neuwied-Berlin 1961
- HEUSSNER Hermann Urlaubsrecht, Düsseldorf 1964
- HILGER Marie Luise Das betriebliche Ruhegeld,
Heidelberg 1959
- HUECK Alfred Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl.
München 1968 (zit.: Hueck, KSchG)
- HUECK Alfred - Lehrbuch des Arbeitsrechts,
NIPPERDEY Hans Carl 1. Bd. Mannheim-Berlin-Leipzig
1927 (zit.: Hueck-Nipperdey 1927),
7. Aufl. Berlin-Frankfurt/Main
1963 (zit.: Hueck-Nipperdey, I);
2. Bd. Kollektives Arbeitsrecht,
6. Aufl. Berlin-Frankfurt/Main
1957 (zit.: Hueck-Nipperdey, II
6. Aufl.), 7. Aufl. Erster Halb-
band Berlin-Frankfurt/Main 1967
(zit.: Hueck-Nipperdey, II/1)
- dies. Grundriß des Arbeitsrechts,
4. Aufl. Berlin-Frankfurt/Main 1968
(zit.: Hueck-Nipperdey, Grundriß)
- HUECK Alfred - Gesetz zur Ordnung der nationalen
NIPPERDEY Hans Carl - Arbeit, 4. Aufl. München-Berlin
DIETZ Rolf 1943
- HUECK Alfred - Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl.
NIPPERDEY Hans Carl - München-Berlin 1964
STAHLHACKE Eugen
- HUECK Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen
Behandlung im Privatrecht,
München 1958
- KAMMANN U. - Bundesurlaubsgesetz Kommentar
ZIEPKE J. Düsseldorf 1963
- KANZ Wolfgang Urlaub des Arbeitnehmers,
Freiburg 1968

- KASKEL Walter - Arbeitsrecht, 4. Aufl. Berlin
DERSCH Hermann 1932 (zit.: Kaskel-Dersch, 4. Aufl.),
5. Aufl. Berlin-Göttingen-Heidel-
berg 1957 (zit.: Kaskel-Dersch)
- KETTNER Hans-Joachim - Mindesturlaubsgesetz für Arbeit-
LUX Walther - nehmer (Bundesurlaubsgesetz),
MAGER Ernst-Günther Bergisch Gladbach 1963
- KOCH Jürgen R. Die Arbeitsordnung, Muster und
Erläuterungen, 3. Aufl. Heidelberg
1963
- KÖST Ewald Arbeitsrecht, Düsseldorf 1960
- KUNTZMANN-AUERT M. Mutterschutzgesetz, Lose-Blatt-
Kommentar München Stand 1966
- LANDMANN Robert v. - Gewerbeordnung, Lose-Blatt-Kommen-
ROHMER Gustav - tar, 2. Bd., 12. Aufl. München-
EYERMANN Erich - Berlin 1967
FRÖHLER Ludwig
- LANGHEINEKEN P. Anspruch und Einrede nach dem
Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch,
Leipzig 1903
- LARENZ Karl Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band:
Besonderer Teil, 2. Aufl. München-
Berlin 1967
- LEHMANN Heinrich - Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
HÜBNER Heinz Gesetzbuches, 15. Aufl. Berlin 1966
- v. MANGOLDT Hermann - Das Bonner Grundgesetz, Band II,
KLEIN Friedrich 2. Aufl. Berlin-Frankfurt/Main 1964
- MAUNZ Theodor - Grundgesetz, Lose-Blatt-Kommentar
DÜRIG Günter - München Stand 1969
HERZOG Roman
- MAUS Wilhelm Das Recht des Arbeitsvertrags,
Leipzig-Frankfurt 1947 (zit.:
Maus, Arbeitsvertrag)
- ders. Handbuch des Arbeitsrechts, Lose-
Blatt-Ausgabe Frankfurt/Main seit
1948; Teil IV: Die rechtliche Ge-
staltung des Einzelarbeitsverhält-
nisses, Stand 1966 (zit.: Maus,
Lohnzahlung); Teil V: Sonstige An-

- sprüche aus dem Arbeitsverhältnis, Stand 1960 (zit.: Maus, Fürsorgepflicht); Teil V A: Urlaubsrecht, Stand 1966 (zit.: Maus, Urlaubsrecht); Teil VIII: Betriebsverfassungsrecht, Stand 1969 (zit.: Maus, BetrVG)
- MEISEL Walter - Mutterschutzgesetz Kommentar
HIERSEMANN Peter G. Berlin-Frankfurt/Main 1966
- MENGEL Horst Die betriebliche Übung,
München 1967
- MENTEN Wilhelm Der unbezahlte Sonderurlaub,
Diss. Köln 1965
- MOLITOR Erich Bundespersonalvertretungsgesetz,
2. Aufl. Berlin-Frankfurt/Main
1958
- NATZEL Benno Jugendarbeitsschutzgesetz Hand-
kommentar, Münster 1961 (zit.:
Natzel, JASchG)
- ders. Bundesurlaubsgesetz mit urlaubs-
gesetzlichen Sonderbestimmungen,
Münster 1963 (zit.: Natzel, BUG)
- NAWIASKY Hans - Die Verfassung des Freistaates
LEUSSER Claus - Bayern, Lose-Blatt-Kommentar,
SCHWEIGER Karl - 2. Aufl. München 1967
ZACHER Hans
- NEUMANN-DUESBERG Betriebsverfassungsrecht,
Horst Berlin 1960
- NIKISCH Arthur Die Grundformen des Arbeitsver-
trags, Berlin 1926 (zit.:
Nikisch, Grundformen)
- ders. Arbeitsrecht, I. Bd.: Allgemeine
Lehren und Arbeitsvertragsrecht,
3. Aufl. Tübingen 1961 (zit.:
Nikisch I); III. Bd.: Betriebs-
verfassungsrecht, 2. Aufl. Tübin-
gen 1966 (zit.: Nikisch III)
- NIPPERDEY Hans Carl Kontrahierungszwang und diktierter
Vertrag, Jena 1920 (zit.: Nipperdey,
Kontrahierungszwang)

- ders. Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1921 (zit.: Nipperdey, Vertragstreue)
- PALANDT Otto Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. v. Danckelmann u.a., 28. Aufl. München 1969
- PLANCK Gottlieb Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte: Allgemeiner Teil, bearb. v. Siber, 4. Aufl. Berlin 1914
- REICHSGERICHTSRÄTE-Kommentar Das bürgerliche Gesetzbuch, I. Band 2. Teil: Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl. Berlin 1960
- RIEDEL Hermann Jugendarbeitsschutzgesetz mit See-Jugendarbeitsschutzrecht, Komm. Hamburg-Berlin-Bonn 1961
- ROHLFING Theodor -
REWOLLE Hans-Dietrich Kündigungsschutzgesetz, Komm. Frankfurt/Main 1963
- ROTHER Werner Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München-Berlin 1965
- SADTLER Götz Die Bedeutung des Art. 48 GG und des Art. 160 Weimarer Verfassung für das Arbeitsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1968
- SAHMER Heinz Arbeitsverhältnis und Wehrpflicht, Berlin 1957
- SCHAUFUSS Werner Streitfragen des Urlaubsrechts, Diss. Köln 1941
- SCHELP Günther -
HERBST Fritz Bundesurlaubsgesetz, Kommentar, Berlin-Frankfurt/Main 1963
- SCHLESSMANN Karl Der Arbeitsvertrag, Abschluß und Inhalt, 3. Aufl. München 1963 (zit.: Schlessmann, Arbeitsvertrag)
- SCHMATZ Hans -
ZMARZLIK Johannes Mutterschutzgesetz, 2. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1968

- SCHMELZER Oskar Urlaubsrecht, Grundriß und alphabetischer Leitfaden, 2. Aufl. Heidelberg 1963
- SCHNORR v. CAROLSFELD Arbeitsrecht, 2. Aufl. Göttingen 1954
Ludwig
- SCHULTE-LANGFORTH Jugendarbeitsschutzgesetz, Marie - WELZEL Karl 2. Aufl. Berlin-Frankfurt/Main 1966
- SEITER Hugo Die Betriebsübung, Düsseldorf 1967
- SIARA Berthold Bundesurlaubsgesetz, Komm., Frankfurt/Main 1963
- SIEBERT Wolfgang Zur konkreten Ordnung des Betriebes, in: Reuß-Siebert, Die konkrete Ordnung des Betriebes, 3. Aufl. Berlin-Leipzig-Wien 1943
- SÖLLNER Alfred Arbeitsrecht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
- SOERGEL Hs. Th. - Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band: SIEBERT Wolfgang §§ 1 bis 432, bearb. von Schmidt u.a., 9. Aufl. Stuttgart 1959, V. Band: Erbrecht Einführungsgesetz, bearb. von Kegel u.a., 9. Aufl. Stuttgart 1961 (zit. Soergel-Siebert-Kegel)
- STAHLHACHE Eugen Bundesurlaubsgesetz, 2. Aufl. Berlin-Neuwied 1968
- STAUDINGER J. v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd.: Allgemeiner Teil, bearb. v. Brändl u.a., 11. Aufl. Berlin 1957; II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b: § 242, bearb. v. Weber, 11. Aufl. Berlin 1961, Teil 1c: §§ 249 - 327, bearb. v. Werner u.a., 10./11. Aufl. Berlin 1967
- STAUDINGER J. v. - Der Dienstvertrag, Sonderausgabe NIPPERDEY Hans Carl - aus Staudinger Komm. z. BGB, II. Bd.: MOHNEN Heinz - Recht der Schuldverhältnisse, NEUMANN Dirk 3. Teil, 11. Aufl. Berlin 1958

STIER-SOMLO Fritz	Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Berlin-Leipzig 1924
STURN Helmuth	Das neue Urlaubsrecht, Stuttgart 1963
TITZE Heinrich	Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900
VOGT Dieter	Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, Diss. Münster 1960 (zit.: Vagt, Drittwirkung)
WIEDEMANN Herbert	Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966
WLOTZKE Otfried - VOLZE Armin	Dienstverhältnis und Arbeitsverhältnis, Sonderdruck aus Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. Stuttgart 1962

II. Aufsätze, Beiträge und Anmerkungen

BERTERMANN Udo	Der Einfluß eines Abgeordnetenmandats auf Dienst-, Arbeits- und Gesellschaftsverträge, BB 67, 270 ff.
BITZER Walter	Freizeit für die Stellensuche, BetrR 67, 93 ff.
BOBROWSKI Paul	Die Anordnung zur Arbeitsleistung im Wege der einstweiligen Verfügung bei Arbeitsvertragsbruch, ArbGeb. 56, 747 f.
BÖTTICHER, Eduard	Der Ansatz des Gleichbehandlungsanspruchs im Arbeitsrecht, RdA 57, 317 ff.
ders.	Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 53, 161 ff.

- CAPODISTRIAS Joannis Die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung, RdA 54, 53 ff.
- DERSCH Hermann Die neuere Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, Festschrift für Herschel, 1955 S. 71 ff.
- DIEKHOFf Ludwig Einstweilige Verfügung bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers? AuR 56, 353 ff.
- ENDEMANN Helmut Bezahlte Freizeit aus privaten Gründen des Arbeitnehmers und ohnehin arbeitsfreie Tage, BB 59, 996 ff.
- FECHNER Erich Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 55, 161 ff.
- FREY Erich Anm. zu LAG Freiburg v. 31.3.55, AuR 56, 64
- ders. Gibt es betriebliches Gewohnheitsrecht? AuR 58, 277 f.
- ders. Zwei Jahre Bundesurlaubsgesetz im Spiegel der Rechtsprechung, AuR 65, 70 ff.
- GANGLOFF Eugen Anm. zu BAG v. 28.3.63, SAE 63, 237 f.
- v. GIERKE Otto Die Wurzeln des Dienstvertrages, Festschrift für Brunner, München-Leipzig 1914, S. 37 ff.
- GROS Paul Der Urlaub im Arbeitsverhältnis, in: AR-Kartei Urlaub I (1940) (zit.: Gros, Urlaub)
- ders. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers, in: AR-Blattei Annahmeverzug I Übersicht (1954) (zit.: Gros, Annahmeverzug)
- ders. Begriffliche Abgrenzung des Erholungsurlaubs, in: AR-Blattei Urlaub III (1963) (zit.: Gros, Abgrenzung)

- ders. Die Freizeitgewährung, in: AR-Blattei Urlaub VI Inhalt des Urlaubs A (1963) (zit.: Gros, Freizeitgewährung)
- ders. Die Durchsetzung des Urlaubsanspruchs, in: AR-Blattei Urlaub X (1964) (zit.: Gros, Durchsetzung)
- ders. Persönliche Arbeitsverhinderung, in: AR-Blattei Arbeitsausfall IV (1965) (zit.: Gros, Arbeitsverhinderung)
- GROSSMANN Ruprecht Grundsätzliche Rechtsfragen zur Einführung eines bezahlten Bildungsurlaubs für Arbeitnehmer, AuR 63, 257 ff.
- GUMPERT Jobst Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch, BB 55, 964 ff.
- ders. Freistellung von Arbeitnehmern von der Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist, BB 61, 833 ff.
- HABERKORN Kurt Freizeit zum Aufsuchen eines neuen Arbeitsplatzes, ArbuSozPol. 63, 24 ff.
- ders. Der Urlaub im Arbeitsrecht; Praktische Fälle der Urlaubsgewährung, ArbGeb. 68, 171 ff.
- HÄUSSNER Werksbeurlaubung, in: AR-Blattei Aussetzen der Arbeit (1949) (zit.: Häussner, Werksbeurlaubung)
- HEIMEIER Wilhelm Der Erholungsurlaub des Arbeitnehmers, Betr. 54, Beil. 11
- HEISSMANN Ernst Betriebliche Übung und Ruhegeldverpflichtungen, BB 58, 633 ff.

- HELM Johann Georg Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch bei schadensgeneigter Arbeit und seine Auswirkungen auf die beschränkte Unternehmerhaftung, insbesondere im Verkehrsrecht, AcP 160, 134 ff.
- HIERSEMANN Walter Die Behandlung von Fehltagen im Arbeitsrecht, in: Müller, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Bd. 1, Teil A: Dokumentation 1963, Berlin-Bielefeld-München 1964, S. 93 ff.
- HÖHNE Gerhard Das allgemeine Recht auf Sonderurlaub, BB 54, 1064 ff.
- HOHN Bezahlte Freistellung der Betriebsratsmitglieder von der Arbeit, DB 63, 621 ff.
- HUECK Alfred Anm. zu LAG Groß-Berlin v. 20.7.50, AP 51, 159 ff.
- ders. Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Bd., Berlin-Tübingen-Frankfurt/Main 1956, S. 633 ff.
- HUECK Götz Anm. zu BAG v. 25.4.59, AP Nr. 15 zu § 242 BGB Gleichbehandlung
- ders. Betriebsübung, in: AR-Blattei Betriebsübung I Übersicht (zit.: Götz Hueck, Betriebsübung)
- ISELE Hellmut Georg Das suspendierte Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Molitor, Berlin-München 1962, S. 107 ff.
- JAEGER Kurt Freizeit zur Stellensuche, ArbuSozR. 60, 6
- KIEHL Die Einwirkung eines Umschwunges der wirtschaftlichen Verhältnisse auf Verträge, Gruch. Beitr. 66. Jg., S. 140 ff.

- KIRSCHNER** Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers, Betr. 61, 842 ff.
- KOCH Jürgen R.** Die Versetzung des Arbeitnehmers nach Arbeitsvertragsrecht und Betriebsverfassungsrecht, BB 55, 353 ff.
- KRÜCKMANN Paul** Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, AcP 116, 157 ff.
- KUNZE Otto und FARTHMANN Friedhelm** Der Urlaubsanspruch und seine Durchsetzung, BB 62, 1163 ff.
- LESER Heinrich** Freistellung von der Arbeitspflicht während der Kündigungsfrist, in: AR-Blattei Arbeitspflicht II (1964)
- MARIENHAGEN R.** Anm. zu ArbG Kiel v. 16.6.65, BB 65, 1272 f.
- MARTIN Horst** Freizeitgewährung zum Aufsuchen eines anderen Arbeitsplatzes, BStSozArbR 56, 365 f.
- MAURER Kurt** Betriebszugehörigkeit, in: AR-Blattei Betriebszugehörigkeit I (1956)
- MEISEL Peter G.** Die allgemeinen Aufgaben des Betriebsrates, DB 62, 1694 ff.
- MOLITOR Erich** Die Arten des Urlaubs, DAR 36, 101 ff., 137 ff.
- ders.** Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, in: AR-Blattei Arbeitspflicht I (1959) (zit.: Molitor, Arbeitspflicht)
- MÜLLER Rolf** Bildungsurlaub? ArbGeb. 62, 618 ff.
- NATZEL Benno** Anm. zu BAG v. 10.2.66, SAE 66, 248
- NEUMANN-DUESBERG Horst** Beschäftigungsdauer und Kündigungsfrist, NJW 51, 10 ff.

- NIKISCH Arthur Der Urlaub des Arbeitnehmers,
NZfAR 28, 133 ff.
- ders. Die Eingliederung in ihrer Bedeu-
tung für das Arbeitsrecht, RdA
60, 1 ff.
- NIPPERDEY Hans Carl Die privatrechtliche Bedeutung des
Arbeiterschutzes, in: Die
Reichsgerichtspraxis im deutschen
Rechtsleben, Bd. IV, Berlin-Leipzig
1929 (zit.: Nipperdey, Arbeiter-
schutzrecht)
- OEHMANN W. Arbeitsvertragsbruch und Einstwei-
lige Verfügung, Betr. 56, 1061 f.
- OERTMANN Paul Art. 160 - Freizeit für staats-
bürgerliche Rechte, in: Nipperdey,
Die Grundrechte und Grundpflichten
der Reichsverfassung, 3. Bd.,
Berlin 1930
- PALME Antonie Anspruch des gekündigten Arbeitneh-
mers auf Freizeit zur Stellensuche,
BlStSozArbR 57, 189 f.
- dies. Lohnzahlung bei unverschuldeter Ar-
beitsverhinderung - Zur Problematik
des § 616 BGB, BlStSozArbR 63,
283 ff.
- dies. Der Arbeitsvertragsbruch in der
neuen Rechtsprechung,
BlStSozArbR 65, 186 ff.
- PRASSE Helmut Die einjährige Betriebsangehörigkeit
als Voraussetzung der Wählbarkeit in
den Betriebsrat, AuR 54, 105 ff.
- REINECKE Horst W. Die Haftung für Schäden aus gefah-
rengeneigter Arbeit nach der Recht-
sprechung, Betr. 64, 1190 ff.
- RICHARDI Reinhard Die betriebliche Übung - ihre recht-
liche Bedeutung - insbesondere ihr
Verhältnis zur Betriebsvereinbarung,
RdA 60, 401 ff.

- RÖHSLER Waldemar Die Betriebszugehörigkeit als anspruchsbegründender Faktor im Arbeitsrecht, DB 63, 994 ff. u. 1047 ff.
- ders. Einstweilige Verurteilung, in: AR-Blattei Einstweilige Verurteilung I Übersicht (1965)
- ROTHE Hans Unbezahlter Urlaub im Sozialversicherungsrecht, DB 55, 666
- ders. Krankheit im Urlaub, BlStSozArbR 59, 253 ff.
- ROTHER Werner Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhältnis, AcP 64, 97 ff.
- SAVAETE Eugen Der Vertragsbruch beim gewerblichen Arbeits- und Lehrvertrag, AuR 56, 5 ff.
- SCHHELP Günther Bildungsurlaub, AuR 62, 65 ff.
- SCHIMANA Rudolf Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers, AuR 56, 321 ff.
- SCHLESSMANN Karl Die Gewährung von Freizeit zur Stellensuche, MuA 60, 179 ff.
- SCHNEIDER Erl. zu Art. 48, in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar) Hamburg seit 1950
- SEIPP Paul Arbeitsbefreiung für Jugendpflegezwecke, BlStSozArbR 67, 28 ff.
- SIEBERT Wolfgang Unternehmerrisiko, betriebliche Übung und Arbeitsvertrag, BB 55, 869 ff.
- ders. Arbeitszeit und Arbeitsverhältnis, in: AR-Blattei Arbeitszeit I Allgemeines C (1959)
- SIEG Karl Wesen und Geltung der Betriebsübung, RdA 55, 441 ff.
- ders. Die Durchsetzung des Anspruchs auf Erholungsurlaub, RdA 63, 124 ff.

SITZLER Friedrich	Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AR-Blattei Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I Übersicht (1966) (zit.: Sitzler, Fürsorgepflicht)
SÖLLNER Alfred	"Ohne Arbeit kein Lohn", AcP 167, 132 ff.
STECHER Dieter	Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht, RdA 61, 261 ff.
STEINWEDEL Wilfried	Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Sonderurlaub, Betr. 64, 1481 ff.
TRABANDT H.	Beurlaubung ohne Weiterzahlung der Bezüge, BB 52, 863 f.
TRAPPE Hermann	Die Anwesenheitsprämie, BB 66, 128 ff.
VOGT Aloys	Zum Begriff der ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit, BB 56, 821 ff.
ders.	Freizeit zur Stellensuche, Betr. 68, 264 ff.
WALTER Bernhard	Anm. zu LAG Freiburg v. 31.3.55, BB 56, 78 f.
WEIDNER Peter	Arbeitsbefreiung zur Erledigung persönlicher Angelegenheiten, Betr.Verf. 56, 109 ff.
WEIMAR Wilhelm	Freizeit zur Stellensuche, B1StSozArbR 59, 380 f.
WELZEL Karl	Mutterschutzgesetz, in: AR-Blattei Mutterschutz I Übersicht (1966)
WITTHOLZ Joachim	Die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern, Gewerkschafter 64, 32 ff., 74 ff.
WORM Kurt	Recht auf Freizeit zur Ausübung öffentlicher Ehrenämter, ArbuSozR. 66, 114

WÜNNENBERG Hans

Zeitgewährung bei Stellensuche,
BB 51, 420

ZIEPKE Jürgen

Der Urlaub im Tarifvertrag -
schnelle Entwicklung im letzten
Jahrzehnt, ArbGeb. 68, 166 ff.

ZMARZLIK Johannes

Änderung des Mutterschutzrechts,
AuR 65, 294 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AG	Arbeitgeber
AGG	Arbeitsgerichtsgesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
AngKSchG	Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten (Angestellten-Kündigungsschutz- gesetz)
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (Arbeitsordnungsgesetz)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des BAG)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGeb.	Der Arbeitgeber (Zeitschrift)
ArbGG	vgl. AGG
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei, arbeits- rechtliches Sammelwerk, Stuttgart seit 1945
AR-Kartei	Arbeitsrechts-Kartei, arbeits- rechtliches Sammelwerk, Stuttgart bis 1945
ArbPlSchG	Gesetz über den Schutz des Arbeits- platzes bei Einberufung zum Wehr- dienst (Arbeitsplatzschutzgesetz)
ArbuSozPol.	Arbeits- und Sozialpolitik (Zeitschrift)
ArbuSozR.	Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift)
ARS	Arbeitsrechtssammlung (Entscheidun- gen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte)
ARSt.	Arbeitsrecht in Stichworten (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	Arbeitszeitordnung

Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
Bearb.	Bearbeitung
Beil.	Beilage
Bem.	Bemerkung
BerufsausbildungsG	(Berliner) Gesetz zur Regelung der Berufsausbildung sowie der Arbeitsverhältnisse Jugendlicher
betr.	betreffend
Betr.	Der Betrieb (Zeitschrift)
BetrR.	Der Betriebsrat (Zeitschrift)
Betr.R.	Betriebsratsmitglied
Betr.Verf.	Die Betriebsverfassung (Zeitschrift)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
bezgl.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bl.	Blatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BSeuchenG	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz)
BUG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)
bzw.	beziehungsweise
dag.	dagegen
DAR	Deutsches Arbeitsrecht (Zeitschrift)
DB	vgl. Betr.
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
d.M.	des Monats
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EignungsübungsG	Gesetz über den Einfluß von Eignungsübungen der Streitkräfte auf Vertragsverhältnisse der Arbeitnehmer und Handelsvertreter sowie auf Beamtenverhältnisse (Eignungsübungsgesetz)
Einl.	Einleitung
EntKal.	Entscheidungskalender (Zeitschrift)
entspr.	entsprechend

Erl.	Erläuterung(en)
etc.	et cetera
f.	folgende Seite
FAO	Anordnung des Reichsarbeitsministers über Arbeitszeitverkürzung für Frauen, Schwerbeschädigte und minderleistungsfähige Personen (Freizeitanordnung)
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
Gewerkschafter	Der Gewerkschafter (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
Gruch.Beitr.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Zeitschrift)
HAT.	Hausarbeitstag
HATG	Hausarbeitstagsgesetz
HATG Bremen	(Bremer) Gesetz über den Hausarbeitstag
HATG Hamburg	(Hamburger) Gesetz über den Hausarbeitstag
HATG Niedersachsen	(Niedersächsisches) Gesetz betr. hauswirtschaftliche Freizeit für Frauen (Hausarbeitstag)
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
IG	Industriegewerkschaft
i.G.z.	im Gegensatz zu
i.S.d.	im Sinne der, des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JASchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
Jg.	Jahrgang
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LS.	Leitsatz
LSchG	Gesetz über den Ladenschluß (Ladenschlußgesetz)
m.a.W.	mit anderen Worten
mögl.	möglich
MTV	Manteltarifvertrag
MuA	Mensch und Arbeit (Zeitschrift)
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nordrh.-Westf.	Nordrhein-Westfalen
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZfAR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
o.ä.	oder ähnlich(es)
PersVG	Personalvertretungsgesetz
R.	Rückseite
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGR-Komm.	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rhld.-Pf.	Rheinland-Pfalz
Rnt.	Randnote
RVO	Reichsversicherungsordnung
RWE	Rheinisch-Westfälisches Elektri- zitätswerk Aktiengesellschaft, Essen
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SchwerbeschG	Schwerbeschädigtengesetz
SeemannsG	Seemannsgesetz
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	sogenannt
str.	strittig
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.	und
u.a.	und andere, unter anderem
u.ä.	und ähnlich(es)
unstr.	unstreitig
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
Verf.	Verfassung
Verf.Bad.-Württ.	Verfassung des Landes Baden- Württemberg
Verf. Bayern	Verfassung des Freistaates Bayern
Verf. Berlin	Verfassung von Berlin
Verf. Bremen	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen
Verf. Hamburg	Verfassung der Freien und Hanse- stadt Hamburg
Verf. Niedersachsen	Vorläufige Niedersächsische Ver- fassung
Verf. Nordrh.-Westf.	Verfassung für das Land Nordrhein- Westfalen

Verf. Rhld.-Pf.	Verfassung für Rheinland-Pfalz
Verf. Saarl.	Verfassung des Saarlandes
Verf. Schl.-Holst.	Landessatzung für Schleswig-Holstein
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WRV	(Weimarer) Verfassung des Deutschen Reichs v. 11.8.1919
z.	zum
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
Zivilbevölkerungs- schutzG	Erstes Gesetz über Maßnahmen zum Schutze der Zivilbevölkerung (Zivilbevölkerungsschutzgesetz)
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend

EINLEITUNG

Aus vielerlei Gründen suchen häufig Arbeitnehmer bei ihrem Arbeitgeber um vorübergehende Befreiung von der Arbeit nach. So kann beispielsweise die Ausübung eines öffentlichen Ehrenamtes oder die Tätigkeit als Abgeordneter, Betriebsrat, Personalrat oder Jugendleiter eine vorübergehende Freistellung erforderlich machen. Daneben kommen persönliche Gründe der verschiedensten Art in Betracht, etwa berufliche Aus- und Fortbildung, Stellensuche, Prüfungen, familiäre oder geschäftliche Angelegenheiten, Besorgungen, ärztliche Untersuchungen, gerichtliche oder behördliche Vorladungen etc.

Vielfach wird der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber Verständnis für sein Anliegen finden und ohne weiteres freigestellt werden. Gelegentlich wird die gewünschte Arbeitsbefreiung dagegen verweigert, sei es, daß eine Freistellung betriebliche Schwierigkeiten verursachen würde, sei es, daß der Arbeitgeber ein Freistellungsbedürfnis des Arbeitnehmers nicht anerkennt und ihn zur Erledigung der betreffenden Angelegenheit auf seine reguläre Freizeit verweist. Der bestehende Interessenwiderstreit kann dann zu Spannungen und Unstimmigkeiten und somit zur Störung des betrieblichen Klimas führen. Meinungsverschiedenheiten können sich nicht nur über die Berechtigung und den Umfang der begehrten Freistellung ergeben, sondern auch hinsichtlich der Anspruchsverwirklichung und der Rechtsfolgen der Freistellung, insbesondere des Arbeitsentgelts.

Die Gefahr solcher Kontroversen und Auseinandersetzungen ist um so größer, je mehr Unsicherheit über die bestehende Rechtslage herrscht. Daher ist es zu begrüßen, daß der Gesetzgeber in einigen - wenngleich wenigen - Einzelfällen Ansprüche des Arbeitnehmers auf Freistellung von der Arbeit normiert hat. Daneben finden sich häufig

auch in kollektiven Vereinbarungen, namentlich Tarifverträgen, enumerative Kataloge der Lebenssachverhalte, bei welchen Freistellungsansprüche gegeben sein sollen.

Solche besondere Regelungen schließen zwar Zweifelsfragen über die rechtliche Natur des Freistellungsanspruchs, seine Verwirklichung und die Rechtsfolgen seiner Erfüllung meist nicht aus. Sie beantworten aber wenigstens die Kernfrage, bei welchen Anlässen vom Arbeitnehmer Freistellung beansprucht werden kann. Besondere Schwierigkeiten entstehen naturgemäß jedoch dann, wenn nicht einmal dieses Grundproblem geklärt ist.

Aufgabe der vorliegenden Abhandlung ist die Prüfung, inwieweit dem Arbeitnehmer über besondere Regelungen hinaus weitere Freistellungsansprüche erwachsen können und wie diese "allgemeinen" Freistellungsansprüche rechtlich zu behandeln sind.

Es widerspräche dem Wesen des Arbeitsverhältnisses, würde man die Möglichkeit solcher allgemeinen Freistellungsansprüche von vornherein nur deshalb verneinen, weil sie keine besondere Regelung erfahren haben. Gerade das Arbeitsverhältnis, jenes vom Grundsatz beiderseitiger Treue getragene Gemeinschaftsverhältnis, kennt mannigfaltige Rechte und Pflichten beider Partner auch im gesetzlich oder vertraglich nicht normierten und reglementierten Bereich.

Die Arbeitsrechtslehre hat es freilich bislang versäumt, den allgemeinen Freistellungsanspruch als eigenständiges Rechtsinstitut zu erfassen und rechtlich zu würdigen. Dementsprechend uneinheitlich ist seine Behandlung in der arbeitsrechtlichen Praxis. Die Rechtsprechung der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte - eingehende höchstrichterliche Stellungnahmen fehlen noch - hat sich von Fall zu Fall mit Einzellösungen beholfen, die aus allgemeinen Erwägungen oder aus Vergleichen mit

für ähnlich befundenen Arbeitsrechtsinstituten gewonnen wurden.

Eine wesentliche Aufgabe dieser Arbeit ist daher zunächst die Abgrenzung des allgemeinen Freistellungsanspruchs und seine Einordnung in das System des geltenden Arbeitsrechts. Diese begriffliche Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes erfolgt im anschließenden ersten Teil.

In ihrem zweiten Teil wendet sich die Abhandlung sodann der zentralen Frage zu, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dem Arbeitnehmer allgemeine Freistellungsansprüche im Sinne der zuvor gegebenen Definition zustehen können.

Von besonderer praktischer Bedeutung sind die Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Freistellungsanspruchs und seiner Erfüllung durch den Arbeitgeber stellen. Ihre Klärung ist Aufgabe des dritten Teils.

Im vierten Teil der Abhandlung sollen abschließend die rechtlichen Auswirkungen der vom Arbeitgeber gewährten Freistellung von der Arbeit untersucht und dargestellt werden.

ERSTER TEIL: GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

1. Kapitel: Freistellung von der Arbeit

I. Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeit

(1) Das Wort "Freistellung" bedeutet im juristischen Sprachgebrauch "Befreiung". Meist wird dieser Begriff im Hinblick auf eine Verbindlichkeit verwendet. Spricht man von der Freistellung eines Arbeitnehmers, so wird zum Ausdruck gebracht, daß der Beschäftigte von einer Verbindlichkeit befreit wird, welche ihn gerade in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer trifft.

Dies bedeutet freilich nicht, daß nur der Arbeitgeber Gläubiger jener Verbindlichkeit sein könnte. Schädigt etwa ein Arbeitnehmer bei einer besonders gefahrgeneigten Arbeit eine dritte Person aus geringem Verschulden schwer, so haftet der Arbeitnehmer dem Dritten gegenüber zwar uneingeschränkt, er kann jedoch von seinem Arbeitgeber Freistellung von dieser Verbindlichkeit verlangen¹⁾. Bei diesem sog. innerbetrieblichen Schadensausgleich wird der Arbeitnehmer also von Schadensersatzverpflichtungen befreit, die zwar anläßlich der Arbeitsleistung entstanden sind, dem Arbeitnehmer aber nicht gegenüber dem Arbeitgeber, sondern gegenüber einer dritten Person obliegen.

Häufiger ist aber gerade der Arbeitgeber Gläubiger der Verbindlichkeit, von welcher der Arbeitnehmer freigestellt wird. In der Regel handelt es sich dann um eine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis selbst. So kann der Arbeitnehmer von Unterlassungspflichten entbunden werden, beispielsweise von der Verschwiegenheitspflicht über Ge-

1) vgl. Bobrowski-Gaul, S. 431 ff., Enneccerus-Lehmann, S. 620 f., Esser, S. 158 f., Gerhardt, S. 116 ff., Helm, AcP 160, 136 ff., Hueck-Nipperdey I, S. 232 ff., Larenz, S. 211 ff., Nikisch I, S. 304 ff. (306), Reinecke, Betr. 64, 1190, Rother, S. 251 ff. (Fallgruppe Nr. 2), Söllner, S. 202, Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 148, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 64 ff.

schäftsgeheimnisse nach § 17 UWG oder vom Wettbewerbsverbot nach § 60 HGB.

Bedeutender jedoch ist die Befreiung von positiven, sog. "Leistungspflichten". Die wichtigste Leistungspflicht bei einem Arbeitsverhältnis ist die Arbeitspflicht. Nur auf diese bezieht sich im folgenden die Freistellung des Arbeitnehmers.

(2) Die Pflicht des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung ist für das gesamte Arbeitsverhältnis grundlegend. Der Arbeitnehmer wird vom Arbeitgeber gerade um dieser Verpflichtung willen in Dienst genommen. Der Arbeitnehmer stellt seine Arbeitskraft zur Verfügung, damit der Arbeitgeber von ihr Gebrauch machen kann, und wird dafür bezahlt. Auf diesem wirtschaftlichen Austausch von Arbeitsleistung gegen Entgelt beruht das Arbeitsverhältnis unbeschadet seiner personalen Eigenart. Ein Arbeitsverhältnis ohne jede Arbeitspflicht ist nicht denkbar, wenngleich diese Pflicht für gewisse - auch längere - Zeiträume ruhen kann.

(3) Die Freistellung führt zu einer vorübergehenden Befreiung des Arbeitnehmers von der Pflicht zur Arbeitsleistung. Indessen ist ein Arbeitnehmer häufig, auch ohne von der Arbeitspflicht befreit zu sein, berechtigt, keine Arbeit zu leisten. Von einer "Befreiung" im eigentlichen Sinne kann nur gesprochen werden, wenn die Arbeitspflicht zunächst bestanden hat, dann aber infolge des befreienden Umstandes entfällt:

(a) Rechtsgrundlage der Arbeitspflicht ist der Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, denn - entsprechend der dienstvertraglichen Bestimmung des § 611 BGB - wird der Arbeitnehmer zur Leistung der versprochenen Dien-

ste durch den Arbeitsvertrag verpflichtet. Die ausdrücklichen oder stillschweigenden Abreden des Arbeitsvertrages werden ergänzt durch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen, kollektive Vereinbarungen und betriebliche Übungen. Nach all diesen Gestaltungsfaktoren muß, damit es zu einer Befreiung kommen kann, zunächst überhaupt eine Arbeitspflicht bestehen. Von Bedeutung ist hier, daß die Verpflichtung zur Arbeitsleistung in zeitlicher und sachlicher Hinsicht ohnehin beschränkt ist:

Die Arbeitspflicht erstreckt sich von vornherein nur auf bestimmte Zeitabschnitte, die "Arbeitszeit"¹⁾. Nach Ablauf eines zur Arbeitszeit gehörenden Zeitabschnittes braucht der Arbeitnehmer also nicht erst von der Arbeit befreit zu werden, um "frei zu haben".

Wichtig sind in diesem Zusammenhang die öffentlich-rechtlichen²⁾ Vorschriften des Arbeitszeitschutzes³⁾. Sie bestimmen Höchstdauer und zeitliche Lage der Arbeitszeit, Arbeitspausen und Ruhezeiten sowie die Zulässigkeit der Arbeit an Sonn- und Feiertagen⁴⁾. Diese Bestimmungen begrenzen den möglichen Inhalt des Arbeitsvertrages, denn die Überschreitung der gesetzlichen Schranken hat die Nichtigkeit der betreffenden Vertragsbestimmungen zur Folge⁵⁾. Eine dem Arbeitszeitschutz widersprechende Arbeitspflicht besteht daher nicht.

Daneben ist die Arbeitspflicht auch inhaltlich beschränkt. Zwar steht es dem Arbeitnehmer kraft seines Direktionsrechtes zu, die vom Arbeitnehmer im einzelnen

1) § 2 I AZO bestimmt diesen Begriff als die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen.

2) Bobrowski-Gaul, S. 129, Denecke, AZO § 3 Anm. 3

3) vgl. die AZO; weitere Vorschriften sind enthalten im MuSchG, im JASchG, im LSchG sowie in der GewO.

4) Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 143

5) Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 140, Siebert, Arbeitszeit und Arbeitsverhältnis, C I

zu verrichtenden Tätigkeiten zu bestimmen. Dieses charakteristische Recht erstreckt sich aber nur auf solche Arbeiten, die der vereinbarten Stellung des Arbeitnehmers entsprechen¹⁾. Nur derartige Arbeitsleistungen hat der Arbeitnehmer "versprochen" i.S.v. § 611 BGB. Im übrigen wird auch der nach dem Arbeitsvertrag mögliche Inhalt der Arbeitspflicht durch zahlreiche Schutzvorschriften öffentlich-rechtlicher Natur zugunsten des Arbeitnehmers beschränkt²⁾.

Eine Befreiung von der Arbeit kommt nur im Rahmen dieser zeitlichen und inhaltlichen Grenzen in Betracht.

(b) Die Befreiung von der Arbeitspflicht bewirkt deren vorübergehende Aufhebung.

Eine Freistellung liegt deshalb niemals vor, wenn die Arbeitspflicht des Beschäftigten nicht aufgehoben, sondern - in zeitlicher, inhaltlicher oder auch persönlicher Hinsicht - lediglich abgeändert wird.

Betriebliche Vorgänge wie Versetzung des Arbeitnehmers³⁾, Übernahme von Bereitschaftsdienst⁴⁾ oder Wechsel des Betriebsinhabers⁵⁾ dürfen also nicht mit der Freistellung verwechselt werden, denn in all diesen Fällen besteht die Arbeitspflicht fort, wenngleich in anderer Form.

Ebensowenig handelt es sich um eine Freistellung, wenn der Arbeitnehmer auf Grund eines in seiner Person bestehenden Leistungsverweigerungsrechtes die Arbeit ablehnen kann. Hält der Beschäftigte beispielsweise gem. § 273 BGB seine Arbeitsleistung zurück, bis der Arbeitgeber einen fälligen Lohn- oder Gehaltsanspruch erfüllt, so kann die Arbeits-

1) Nikisch, I S. 285

2) vgl. dazu Hueck-Nipperdey, I §§ 82 I, 87 II, 88 VI

3) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 201 ff., Nikisch, S. 258, Koch, BB 55, 353 ff.

4) vgl. Frey, Arbeitsbereitschaft, S. 28, Hueck-Nipperdey, I S. 36 Fn. 8

5) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 514 ff., Nikisch, I S. 657 ff.

leistung zwar nicht erzwungen werden, weil dem Arbeitnehmer aufgrund des Zurückbehaltungsrechtes eine Einrede zusteht¹⁾. Diese Einrede läßt aber den rechtlichen Bestand der Arbeitspflicht unberührt. Demgegenüber steht dem Arbeitnehmer nach einer Freistellung gegen den Arbeitsanspruch eine Einwendung zu.

Damit ist nun die Wirkung der Freistellung in dem für die Begriffsbestimmung erforderlichen Maße geklärt²⁾. Die Freistellung führt zur vorübergehenden Aufhebung einer an sich bestehenden Arbeitspflicht.

II. Befreiung durch den Arbeitgeber

(1) Allein durch ihre Rechtswirkung wird die Freistellung noch nicht ausreichend gekennzeichnet. Zur Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeit kann es nämlich aus vielerlei tatsächlichen und rechtlichen Gründen kommen. Die Klärung des arbeitsrechtlichen Instituts der Freistellung macht deshalb weitere Differenzierungen, und zwar zunächst nach dem Rechtsgrund, erforderlich.

Wesensmerkmal der Freistellung ist, daß die Befreiung von der Arbeit durch eine Maßnahme des Arbeitgebers selbst erfolgt, und zwar durch den Freistellungsakt.

(2) Durch dieses Merkmal werden die Fälle der Freistellung abgegrenzt von den vielfältigen Arbeitsbefreiungen,

-
- 1) vgl. zum Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers Capodistrias, RdA 54, 53 ff.
Ein solches Zurückbehaltungsrecht kann dem Arbeitnehmer auch zustehen, wenn der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht nicht nachkommt, vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 135, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 58, Capodistrias, aaO. S. 54
 - 2) zu den Rechtsfolgen im einzelnen vgl. Teil IV

bei denen der Arbeitnehmer im Gegensatz zur Freistellung ohne Zutun des Arbeitgebers von der Arbeitspflicht dauernd oder vorübergehend entbunden wird.

Angesichts einer verbreiteten Begriffsunsicherheit, aber auch zur Verdeutlichung des besonderen arbeitsrechtlichen Charakters der Freistellung erscheint eine kurze Übersicht über jene Arbeitsbefreiungen angezeigt, auf welche der Arbeitgeber keinen Einfluß hat, und die nicht Gegenstand nachfolgender Untersuchungen sind:

(a) Mitunter ergibt sich die Arbeitsbefreiung unmittelbar aus einer gesetzlichen Vorschrift:

So entfällt die Arbeitspflicht etwa, wenn die Ausübung der beruflichen Tätigkeit gesetzlich verboten wird, beispielsweise bei einer ansteckenden Erkrankung¹⁾.

Einen ipso-iure-Entfall der Arbeitspflicht bewirken auch die Bestimmungen einiger Länderverfassungen, nach welchen Abgeordnete zur Ausübung ihres Amtes als Mitglied des Landtags keines Urlaubs bedürfen²⁾. Arbeitnehmer können zu diesem Zweck den Ort der Tagung des Parlamentes auch ohne Erlaubnis und selbst gegen ein Verbot ihres Arbeitgebers aufsuchen, ohne deshalb eine Maßregelung befürchten zu müssen³⁾.

Auch im Fall des Annahmeverzugs des Arbeitgebers tritt eine Leistungsbefreiung des Arbeitnehmers ein, die bis zur Wiederannahme der vom Arbeitnehmer ordnungsgemäß angebotenen Arbeitsleistung andauert⁴⁾.

1) vgl. § 17 BSeuchG

2) Art. 30 Verf. Bayern, 97 Verf. Bremen, 46 II 1 Verf. Nordrh.-Westf., 96 I 1 Verf. Rhld.-Pf., 85 S. 1 Verf. Saarland

3) Nawlasky-Leusser-Schweiger-Zacher Art. 30 Anm. 3

4) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 217, Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 134, Gros, Annahmeverzug, I D I, Söllner, S. 207

Dies ergibt sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis¹⁾.

Annahmeverzug setzt gem. § 297 BGB das Leistungsvermögen des Arbeitnehmers voraus. Die Arbeitspflicht entfällt gem. § 275 BGB aber auch bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung. Unmöglichkeit liegt vor bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, etwa bei Krankheit oder infolge eines Unfalls, ferner aber auch bei objektiven Leistungshindernissen wie Naturkatastrophen oder Verkehrssperren²⁾. Der Entfall der Arbeitspflicht ist auch unabhängig davon, ob die Unmöglichkeit vom Arbeitnehmer zu vertreten ist oder nicht³⁾.

Im engeren Sinne liegt Unmöglichkeit nur vor, wenn die Arbeitsleistung nicht erbracht werden kann. Es gibt aber auch Situationen, in denen der Arbeitnehmer seine Arbeit zwar leisten könnte, damit aber Interessen aufopfern oder außerordentlich gefährden müßte, die im Sinne der Rechtsordnung gegenüber dem Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung höherwertig sind. Unter bestimmten Voraussetzungen kann dann dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung nicht zugemutet werden.

Während eine ältere Lehre⁴⁾ diese Unzumutbarkeit teilweise als Unterfall der Unmöglichkeit behandelte, wird heute überwiegend angenommen, dem Arbeitnehmer stehe gegen den Leistungsanspruch des Arbeitgebers eine aus § 242 BGB folgende Einwendung zu⁵⁾. Nach beiden Auffassungen führt die Nichtzumutbarkeit zur Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht, und zwar nicht deshalb, weil die Arbeit nicht erbracht werden kann, sondern deshalb, weil die Leistung nach Treu und Glauben nicht erbracht

1) Gros, Annahmeverzug, I A

2) Schimana, AuR 56, 322 f., RGZ 92, 177

3) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 220

4) Titze, S 9, Fluhr, S. 27 f.

5) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 132, Hueck-Nipperdey, I S. 221 Fn. 40, so auch schon Nipperdey, Vertragstreue, S. 17

werden soll¹⁾. Auch das Bundesarbeitsgericht nimmt für den Fall der Unzumutbarkeit an, daß der Arbeitnehmer bereits kraft Gesetzes von der Arbeitspflicht entbunden ist²⁾.

(b) Die Arbeitsbefreiung kann auch als Folge einer behördlichen Maßnahme, insbesondere eines gegen den Arbeitnehmer gerichteten Verwaltungsaktes, eintreten:

So hat die Einberufung zum Grundwehrdienst³⁾, zu einer Wehr-³⁾ oder Eignungsübung⁴⁾ das Ruhen des Arbeitsverhältnisses zur Folge. Während des Ruhens bestehen weder Arbeits- noch Lohnzahlungspflicht⁵⁾.

Andere Maßnahmen bewirken, daß "die Pflicht zur Arbeitsleistung entfällt"⁶⁾ oder aber, daß der Arbeitnehmer "von der Arbeitsleistung freigestellt" ist⁷⁾.

Schließlich liegt eine Arbeitsbefreiung auch in einer behördlichen Untersagung der beruflichen Tätigkeit⁸⁾.

1) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 132

2) BAGE 9, 182; 18, 132/133. Nach a.A. (Staudinger-Weber § 242 B 537, Krückmann, AcP 116, 335, Enneccerus-Lehmann, § 46 I 2) steht dem Arbeitnehmer gegen den Erfüllungsanspruch des Arbeitgebers nur eine Einrede zu. Dem Arbeitnehmer müsse die Möglichkeit erhalten bleiben, trotz der bestehenden Schwierigkeiten zu arbeiten, wenn er dies wünsche. Dem ist entgegenzuhalten, daß Unzumutbarkeit tatbestandlich nur gegeben ist, wenn der Betroffene die Arbeitsleistung subjektiv als unzumutbar empfindet, vgl. Kiehl, GruchBeitr. 66, 143. Andernfalls muß die Leistung in jedem Falle erbracht werden.

3) vgl. § 1 I ArbPlSchG

4) vgl. § 1 I EignungsübungsG

5) Sahmer, S. 41 f., Nikisch, I S. 683 f.

6) z.B. die Heranziehung zu Ausbildungsveranstaltungen nach § 13 I 1 ZivilbevölkerungsschutzG

7) vgl. z.B. § 11 I 1 ArbPlSchG für den Fall der Einberufung zu einer Wehrübung von nicht länger als drei Tagen. Der Begriff "Freistellung" wird in dieser Vorschrift nicht im Sinne dieser Darstellung verwendet.

8) Eine derartige Befugnis gibt beispielsweise § 38 BSeuchenG.

(c) Arbeitsbefreiungen können auch aufgrund tariflicher Vereinbarung eintreten. Mitunter enthalten Tarifverträge Bestimmungen, wonach Arbeitnehmer bei Ereignissen wie Eheschließung, Niederkunft der Ehefrau, Tod naher Angehöriger, Umzug etc. zum Arbeitsversäumnis berechtigt sind¹⁾. Solche Regelungen beinhalten eine generelle Einschränkung der Arbeitspflicht mit der Folge, daß der betroffene Arbeitnehmer der Arbeit fernbleiben kann, ohne daß es noch einer besonderen Freistellung durch den jeweiligen Arbeitgeber bedürfte²⁾. Die Ermächtigung der Tarifpartner zur Vereinbarung solcher Arbeitsbefreiungen folgt aus § 1 TVG, da es sich um die Regelung der Arbeitspflicht und damit des Inhaltes des Arbeitsverhältnisses handelt (sog. Inhaltsnorm)³⁾.

Im Rahmen des § 59 BetrVG können derartige Regelungen auch durch (freiwillige) Betriebsvereinbarungen getroffen werden, denn die Arbeitsbedingungen gehören zu den sozialen Angelegenheiten eines Betriebes, die durch Betriebsvereinbarungen geordnet werden können⁴⁾.

Schließlich kann der vorübergehende Entfall der Arbeitspflicht bei bestimmten Ereignissen auch einzelvertraglich vorgesehen sein.

(3) Im Gegensatz zur Freistellung erfolgt in all den unter (2) erwähnten Fällen die Befreiung von der Arbeit ohne Mitwirkung des Arbeitgebers. Der Wegfall der Arbeitspflicht ist auch nicht davon abhängig, daß der Arbeitnehmer den Arbeitgeber von dem Befreiungsgrund in Kenntnis setzt. Um dem Arbeitgeber rechtzeitige Dispositionen zu ermöglichen, hat das Gesetz in einigen Fällen dem Arbeit-

1) vgl. z.B. § 11 Nr. 1 des MTV für Arbeiter der RWE vom 24.3.66, abgedruckt als Anlage 37 im Jahrbuch 1966/67 der IG Bergbau und Energie

2) vgl. Natzel, BUG § 1 Anm. 10, § 3 Anm. 17

3) vgl. Hueck-Nipperdey, II/1 S. 280

4) vgl. BAGE 3, 4; Dietz, BetrVG § 57 Anm. 2

nehmer die Verpflichtung auferlegt, dem Arbeitgeber eine entsprechende Mitteilung zu machen¹⁾. Aber auch wo dies nicht der Fall ist, gebietet die Treuepflicht dem Arbeitnehmer eine umgehende Benachrichtigung des Arbeitgebers²⁾. Von einer Billigung der Befreiung seitens des Arbeitgebers ist der Wegfall der Arbeitspflicht jedoch in diesen Fällen i.G.z. Freistellung nicht abhängig.

Rechtsgrund der Arbeitsbefreiung ist in den Fällen der Freistellung stets eine bestimmte Maßnahme des Arbeitgebers selbst³⁾.

III. Befreiung nicht zur Erholung

Wird ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber von der Arbeit befreit, so geschieht dies häufig zur Erhaltung seiner Gesundheit und zur Erneuerung der Arbeitskraft. Diese der Erholung dienende Urlaubserteilung ist der wichtigste Fall einer vorübergehenden Arbeitsbefreiung durch den Arbeitgeber.

Das Recht des Erholungsurlaubs wurde durch das 1963 in Kraft getretene Bundesurlaubsgesetz weitgehend vereinheitlicht⁴⁾. Nach § 1 BUG hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Sonderbestimmungen über Erholungsurlaub sind in einigen weiteren Gesetzen enthalten⁵⁾.

1) z.B. §§ 1 III, 14 II ArbPlSchG (Vorlegung des Einberufungsbescheides bzw. der Ladung)

2) vgl. BAGE 18, 133; RAG ARS 41, 389; Nikisch, I S. 621 f., Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 132, Hueck-Nipperdey, I S. 221

3) zur Rechtsnatur des Freistellungsaktes vgl. S. 102 ff.

4) vgl. § 15 II BUG

5) z.B. §§ 19 JASchG, 53 ff. SeemannsG

Arbeitsbefreiungen durch den Arbeitgeber dienen jedoch nicht immer zu Erholungszwecken. Vielfach soll eine Arbeitsbefreiung dem Arbeitnehmer die Erledigung bestimmter Angelegenheiten ermöglichen, beispielsweise im Rahmen eines öffentlichen Ehrenamtes oder der Tätigkeit als Betriebsrat, zur Vorbereitung einer Kandidatur, zur Durchführung eines Umzugs. Wird der Arbeitnehmer für solche Zwecke von der Arbeit entbunden, so dient dies zwar letztlich auch der Erhaltung der Arbeitskraft, insofern nämlich, als der Arbeitnehmer sonst für die betreffende Tätigkeit reguläre Freizeit "opfern" müßte. Dies ist jedoch nur ein sekundäres Anliegen.

Auf derartige nicht (unmittelbar) der Erholung des Arbeitnehmers dienende Arbeitsbefreiungen ist das Bundesurlaubsgesetz nicht anwendbar. Seiner Zweckbestimmung nach regelt das BUG ausschließlich das Recht des Erholungsurlaubs¹⁾. Für die übrigen Fälle fehlt es an einer zusammenfassenden gesetzlichen Regelung in der Art des Bundesurlaubsgesetzes. Soweit der Gesetzgeber hier bisher überhaupt tätig geworden ist, handelt es sich überwiegend um verstreute Einzelregelungen.

Diese nicht der Erholung des Arbeitnehmers dienenden Arbeitsbefreiungen durch den Arbeitgeber sind mit dem Begriff "Freistellung von der Arbeit" gemeint²⁾.

1) Boldt-Röhsler, § 1 Anm. 1, Schelp-Herbst, § 1 Anm. 3, Stahlhacke, § 1 Anm. 15

2) Die - praktisch wichtige - Frage, ob das Arbeitsentgelt während der Freistellung weiterbezahlt werden muß, ist für die begriffliche Bestimmung dieses Instituts ohne Bedeutung. Wie in Teil IV, 2. Kap. gezeigt werden wird, gibt es sowohl bezahlte als auch unbezahlte Fälle einer Freistellung.

IV. Zur Terminologie

(1) Eine einheitliche Ausdrucksweise zur Kennzeichnung der nicht zur Erholung dienenden Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeit durch den Arbeitgeber fehlt. Insbesondere hat sich die in dieser Abhandlung verwendete Bezeichnung "Freistellung von der Arbeit" noch nicht allgemein durchgesetzt.

(a) Teilweise werden auch die nicht zur Erholung des Arbeitnehmers bestimmten Arbeitsbefreiungen als "Urlaub" bezeichnet. Der Begriff "Urlaub" wird dann in einem weiteren, nicht auf den Erholungsurlaub beschränkten Sinne gebraucht¹⁾.

Der allgemeine Sprachgebrauch verbindet jedoch mit dem Begriff "Urlaub" die Zweckbestimmung der Erholung²⁾. Da die Freistellung aber gerade nicht, jedenfalls nicht un-mittelbar³⁾, zur Erholung des Arbeitnehmers bestimmt ist, sollte die Bezeichnung "Urlaub" für diese Fälle nicht verwendet werden, dieser Begriff vielmehr dem Erholungsurlaub vorbehalten bleiben⁴⁾. Auch das BUG meint, soweit es von "Urlaub" spricht, ausschließlich den Erholungsurlaub⁵⁾.

(b) In dem Bestreben, den angeblichen Ausnahmecharakter der in dieser Abhandlung als "Freistellungen" bezeichneten Fälle gegenüber dem Erholungsurlaub zu verdeutlichen, ist eine "heillose Begriffsverwirrung"⁶⁾ entstanden. Es finden

1) vgl. Nikisch, I.S. 525, Kaskel-Dersch, S. 195, Maus, Arbeitsvertrag, S. 426, Heimeier, Betr. 54 Beil. 11, Schmelzer, S. 13; so auch Art. 48 I GG.

2) vgl. Nikisch, S. 520, Menten, S. 3

3) vgl. oben III.

4) Natzel, BUG Einl. S. 10 Fn. 6; zu Recht beschränken Hueck-Nipperdey, I S. 431 ff., Dersch-Neumann, § 1 Anm. 41 den Begriff "Urlaub" auf den Erholungsurlaub.

5) vgl. Boldt-Röhsler, § 1 Anm. 1, Schelp-Herbst, § 1 Anm. 3, Stahlhacke, § 1 Anm. 15

6) Natzel, SAE 66, 248

sich Begriffe wie "Beurlaubung"¹⁾, "Sonderurlaub"²⁾, "Sonderbeurlaubung"³⁾, "Urlaub zu bestimmten Zwecken"⁴⁾, "Diensturlaub"⁵⁾, "Dienstbefreiung"⁶⁾, "Arbeitsbefreiung"⁷⁾. Um gesetzestechnische Ausdrücke handelt es sich dabei überwiegend nicht⁸⁾.

All diese Bezeichnungen eignen sich wenig zur Kennzeichnung der besonderen Merkmale der Freistellung:

Soweit in ihnen der Begriff "Urlaub" wiederkehrt, gilt die Kritik zu (a) entsprechend. Diese Bezeichnungen heben sich auch nicht deutlich genug vom Fall des Erholungsurlaubs ab.

Ebensowenig vermögen die Begriffe "Arbeits-" bzw. "Dienstbefreiung" die begrifflichen Merkmale der Freistellung zu kennzeichnen. Eine Arbeits- bzw. Dienstbefreiung liegt auch in der Gewährung von Erholungsurlaub, desgleichen auch in den Fällen, in welchen die Arbeitspflicht ohne Zutun des Arbeitgebers entfällt.

-
- 1) z.B. BAGE 18, 134, Borrmann, Einl. S. 11, Menten, S. 4f., Boldt-Röhsler, § 1 Anm. 13 ff., Kaskel-Dersch, S. 195, Dersch-Neumann, § 1 Anm. 41, Stahlhacke, § 1 Anm. 15
 - 2) Höhne, BB 54, 1064, Hueck-Nipperdey, I S. 457, Natzel, BUG § 1 Anm. 8, Schmelzer, S. 59, Steinwedel, DB 64, 1481, Bobrowski-Gaul, S. 338 f.; nach Menten, S. 5 ist "Sonderurlaub" eine Unterart von "Beurlaubung".
 - 3) Gros, Abgrenzung, D 1
 - 4) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 276
 - 5) Molitor, DAR 36, 102
 - 6) Bobrowski-Gaul, S. 339 Anm. 89, Heußner, S. 25, Maus, Urlaubsrecht, Anm. 16
 - 7) Frey, AuR 65, 71; Menten verwendet diesen Begriff als Bezeichnung für "Beurlaubungen" für nicht mehr als drei Tage.
 - 8) Den Begriff "Arbeitsbefreiung" verwendet das niedersächsische Gesetz über die Arbeitsbefreiung für Zwecke der Jugendpflege und des Jugendsports; die Bezeichnung "Sonderurlaub", die von Bobrowski-Gaul, S. 303 zu Unrecht als nicht gesetzestechnisch bezeichnet wird, findet sich in den entsprechenden Gesetzen der Länder Bad.-Württ., Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Rhld.-Pf. und Saarland.

(2) Angesichts ihrer Mannigfaltigkeit und Unterschiedlichkeit fällt es in der Tat schwer, diejenigen Arbeitsbefreiungen, die nicht zu Erholungszwecken dienen sollen, unter einem Kennwort zusammenzufassen. Am klarsten wäre wohl die Formel: "Freistellungen von der Arbeit, die dem Arbeitnehmer nicht zur Erholung, sondern zu sonstigen Zwecken gewährt werden". Sie kennzeichnet einerseits den Vorgang der Befreiung von der Arbeitspflicht durch den Arbeitgeber, andererseits vermeidet sie die Anlehnung an Urlaubsbezeichnungen.

Statt dieser etwas umständlichen Formel soll im folgenden der Einfachheit halber der Ausdruck "Freistellung" verwendet werden. Dieser Bezeichnung bedient sich - wenn gleich oft auch nicht ausschließlich - ein großer Teil der einschlägigen Rechtsprechung und arbeitsrechtlichen Literatur¹⁾.

1) vgl. z.B. LAG Freiburg, BB 56, 78, LAG Düsseldorf, BB 64, 597, LAG Baden-Württemberg (Stuttgart), ARSt. 64, 182, LAG Berlin, EntKal. 66, 577, Höhne, BB 54, 1065, Frey, AuR 56, 64, Walter, BB 56, 78, Weidner, Betr.Verf. 56, 112, Natzel, BUG § 1 Anm. 13, Schlessmann, Arbeitsvertrag, S. 107, Steinwedel, Betr. 64, 1481, Bobrowski-Gaul, S. 340

2. Kapitel: Fakultative und obligatorische Freistellung

Zur Freistellung eines Arbeitnehmers kann sich der Arbeitgeber aus vielerlei Gründen veranlaßt sehen.

I. Fakultative Freistellungen

Mitunter legen dem Arbeitgeber bestimmte tatsächliche Umstände die Freistellung einzelner oder auch mehrerer Arbeitnehmer nahe, ohne daß eine rechtliche Verpflichtung zu dieser Maßnahme bestünde.

(1) Ein Arbeitgeber kann in eine Lage geraten, die die weitere Beschäftigung seiner Arbeitnehmer vorübergehend unmöglich macht. So kann er sich durch Auftrags- oder Rohstoffmangel, aber auch infolge einer Betriebsverlegung oder größerer Umbauten zu einer zeitweiligen Betriebsstilllegung gezwungen sehen. Um die Lohnzahlungspflicht zu umgehen, könnte der Arbeitgeber in einer solchen Situation die Arbeitsverhältnisse seiner Arbeitnehmer durch Kündigung auflösen. Dies wäre aber für beide Teile nachteilig. Die Arbeitnehmer würden ihren Arbeitsplatz und etwaige Anwartschaften, die ihnen aus ihrer bisherigen Beschäftigung erwachsen sind, verlieren, der Arbeitgeber seine eingearbeiteten Arbeitskräfte. Bei nur vorübergehenden Schwierigkeiten kann stattdessen eine sog. Werksbeurlaubung wesentlich günstiger sein.

Unter dem Begriff "Werksbeurlaubung" versteht man eine längere Arbeitsaussetzung unter gleichzeitigem Wegfall der Lohnzahlungspflicht, von der die ganze Belegschaft oder doch ein größerer Teil derselben betroffen wird, wobei der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses unbe-

rührt bleibt¹⁾.

Werksbeurlaubungen wurden erstmals in der Zeit des Ruhrkampfes 1923 vorgenommen, als es vielen Arbeitgebern auf Grund der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorübergehend nicht möglich war, die Belegschaft voll weiterzubeschäftigen, oder aber unter Verzicht auf die Erbringung der Arbeitsleistung den Lohn weiterzuzahlen.

Werksbeurlaubung kann zwar vom Arbeitgeber grundsätzlich²⁾ nicht einseitig angeordnet werden³⁾.

Erforderlich ist vielmehr eine Vereinbarung, d.h. eine entsprechende freie Übereinkunft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern⁴⁾. Mag der Arbeitgeber sich auch durch eine betriebliche Ausnahmesituation zur Werksbeurlaubung genötigt sehen, so liegt es jedoch in seinem freien Ermessen, ob er die erforderliche Vereinbarung treffen will. Eine Rechtspflicht hierzu besteht in keinem Falle.

(2) Während von einer Werksbeurlaubung zumindest größere Teile der Belegschaft betroffen werden, können bestimmte tatsächliche Verhältnisse den Arbeitgeber auch zur Freistellung einzelner Arbeitnehmer veranlassen.

(a) Besteht beispielsweise der Verdacht, daß ein Arbeitnehmer sich irgendwelche Verfehlungen hat zuschulden kommen lassen, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen würden, bedarf aber der Sachverhalt zunächst noch weiterer Aufklärung, so kann der Arbeitnehmer einstweilen

-
- 1) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 213 ff., Nikisch, I S. 651, Kaskel-Dersch, S. 142, RAG ARS 1, 67
 - 2) Anders, wenn der Arbeitgeber einzelvertraglich oder durch kollektive Regelung für bestimmte Fälle zur einseitigen Anordnung von Werksbeurlaubung ermächtigt ist, vgl. Dersch-Neumann, § 1 Anm. 47
 - 3) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 215, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 55, Dersch-Neumann, § 1 Anm. 47
 - 4) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 215, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 55, Häussner, Werksbeurlaubung II

vom Arbeitgeber zwangsweise freigestellt werden. Auch Zweifel an der körperlichen oder geistigen Arbeitsfähigkeit, oder etwa auch der Verdacht einer ansteckenden Krankheit können eine derartige Maßnahme angezeigt erscheinen lassen¹⁾.

Man spricht bei dieser Art von Freistellung von der "Suspendierung" des Arbeitnehmers. Mit der Suspendierung vermeidet der Arbeitgeber eine möglicherweise ungültige fristlose Kündigung, entfernt trotzdem den unerwünschten oder gar gefährlichen Arbeitnehmer aus dem Dienst und sichert sich gegen eine Verwirkung seines Entlassungsrechtes, allerdings nur bis zur Klärung des Sachverhaltes²⁾.

(b) Auch noch nach einer Kündigung kann es einem Arbeitgeber mitunter ratsam erscheinen, einen Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist unter Fortzahlung des Entgelts bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitspflicht zu entbinden, ja sogar, ihm das Betreten des Betriebes zu verbieten. Als Grund für diese Maßnahme kommt beispielsweise die Befürchtung des Arbeitgebers in Betracht, der Entlassene könne noch andere Arbeitnehmer zum Ausscheiden veranlassen, den Betriebsfrieden stören, ein neues Produktionsverfahren noch kennenlernen.

Hierfür hat sich der Ausdruck "Freistellung während der Kündigungsfrist" eingebürgert³⁾.

Das Problem, ob die Freistellung während der Kündigungsfrist nur auf vertraglicher Grundlage erfolgen kann, oder ob u.U. die einseitige Herbeiführung möglich ist⁴⁾,

1) Hueck-Nipperdey, I S. 385 Fn. 23

2) vgl. RAG ARS 12, 101 ff., Hueck-Nipperdey, I S. 385

3) vgl. Gumpert, BB 61, 833 ff., Leser, Freistellung

4) vgl. dazu BAGE 16, 85 f., Hueck-Nipperdey, I S. 385 f., Nikisch, I S. 515 f., Gumpert, BB 61, 833, Isele, S. 118 f.

bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung. Wesentlich ist allein, daß sowohl die Freistellung während der Kündigungsfrist, als auch die zuvor erwähnten Fälle der Werksbeurlaubung und Suspendierung Freistellungen sind, die im freien Ermessen des Arbeitgebers liegen. Zu ihrer Vornahme ist der Arbeitgeber rechtlich nicht verpflichtet, wie auch der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine derartige Freistellung hat¹⁾. Diese Arbeitsbefreiungen können deshalb als "fakultative Freistellungen" bezeichnet werden.

(3) Den erwähnten Beispielsfällen ist gemeinsam, daß die Freistellung vom Arbeitgeber jeweils aus betrieblichen Gründen und gegen die Interessen des Arbeitnehmers vorgenommen wird. Fakultative Freistellungen können jedoch auch zugunsten des Arbeitnehmers erfolgen. Nicht selten werden Arbeitnehmer auf eigenen Wunsch vorübergehend von der Arbeitspflicht entbunden, ohne daß der Arbeitgeber hierzu verpflichtet wäre. Diese Freistellungen tragen sozialen Charakter und werden in der Regel nur gewährt, wenn betriebliche Belange nicht entgegenstehen.

II. Obligatorische Freistellung

Ist das Merkmal der fakultativen Freistellung das freie Ermessen des Arbeitgebers, so werden die Fälle obligatorischer Freistellung dadurch gekennzeichnet, daß bei ihnen der Arbeitgeber zur Gewährung der Arbeitsbefreiung rechtlich verpflichtet ist. Letztere werden also nicht allein durch bestimmte tatsächliche Gegebenheiten veran-

1) Gumpert, BB 61, S. 834

laßt; im Gegensatz zur fakultativen Freistellung besteht hier die Rechtspflicht zur Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit.

Nachfolgende Untersuchungen widmen sich ausschließlich obligatorischen, im Interesse des Arbeitnehmers liegenden Freistellungen, auf deren Gewährung Anspruch besteht.

3. Kapitel: Allgemeiner Freistellungsanspruch und besonders geregelte Fälle

I. Allgemeiner Anspruch auf Freistellung von der Arbeit

Freistellungsverpflichtungen des Arbeitgebers folgen teilweise aus besonderen - gesetzlichen oder sonstigen - Regelungen. Aufgabe der vorliegenden Untersuchung ist nun gerade die Beantwortung der Frage, inwieweit über diese besonders geregelten Fälle hinaus vom Arbeitnehmer vorübergehende Befreiung von der Arbeit verlangt werden kann und wie dieser a l l g e m e i n e Anspruch auf Freistellung rechtlich zu behandeln ist.

Diese Aufgabenstellung erfordert vorab die Klärung der Frage, in welchem Umfang nach geltendem Recht bereits (besondere) Anspruchsgrundlagen für Freistellungen bestehen. Nur insoweit, als dies nicht der Fall ist, ist Raum für einen allgemeinen Freistellungsanspruch. Auch für die Untersuchung der Frage, wie der etwaige allgemeine Freistellungsanspruch rechtlich zu behandeln ist, muß geklärt sein, welche besonders geregelten obligatorischen Freistellungen als Parallelfälle in Betracht gezogen werden dürfen.

II. Die besonderen Freistellungsansprüche

(1) Einige Freistellungsansprüche sind in bundesrechtlichen Vorschriften geregelt.

(a) Nach Art. 48 I GG hat ein Bewerber um einen Sitz im Bundestag Anspruch auf den zur Vorbereitung seiner Wahl erforderlichen Urlaub.

Diese Vorschrift will die Konstituierung des Bundestages sichern. Ein Kandidat, der als Arbeitnehmer am normalen Arbeitsleben teilnimmt, soll nicht durch die dem Arbeitgeber gegenüber bestehende Arbeitsverpflichtung von einer Bewerbung abgehalten werden. Deshalb gibt diese Bestimmung einen Anspruch auf "Urlaub". (Besser wäre der Ausdruck "Freistellung" gewesen, da die zu beanspruchende Freizeit nicht zur Erholung des Arbeitnehmers bestimmt ist¹⁾.)

Bei der Wahlvorbereitung entfällt die Arbeitspflicht nicht ipso iure. Art. 48 I GG gibt nur einen obligatorischen Anspruch auf die Gewährung entsprechender Freizeit. Der Bewerber muß also um die Freistellung nachsuchen und darf nicht von sich aus der Arbeit fernbleiben²⁾.

Im Gegensatz zu Art. 39 II WRV steht dieser Anspruch heute nicht mehr nur Beamten und Soldaten zu, sondern auch Arbeitnehmern im privatwirtschaftlichen Bereich³⁾. Er ist aber beschränkt auf die Bewerbung zum Bundestag³⁾.

Zum Teil wird dieser Anspruch als subjektiv-öffentliches Recht angesehen⁴⁾. Dem kann nur insoweit zugestimmt werden, als es sich um öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse handelt. In privaten Arbeitsverhältnissen können keine subjektiv-öffentlichen Rechte bestehen, da die Staatsbezogenheit Wesenselement allein des subjektiv-öffentlichen Rechtes ist⁵⁾. Hier ist der Anspruch aus Art. 48 I GG privatrechtlicher Natur⁶⁾.

1) vgl. S. 15

2) Schneider, Art. 48 Erl. II 1 a, v. Mangoldt-Klein, S. 990, Maunz-Dürig, Herzog, Art. 48 Rnt. 4

3) v. Mangoldt-Klein, S. 990, Maunz-Dürig, Herzog, Art. 48 Rnt. 1

4) Giese-Schunck, Art. 48 II 1, Menten, S. 23, v. Mangoldt-Klein, S. 990

5) Vogt, Drittwirkung, S. 131

6) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 48 Rnt. 4

(b) Art. 160 Satz 1 WRV bestimmt: "Wer in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis steht, hat das Recht auf die zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und, soweit dadurch der Betrieb nicht erheblich geschädigt wird, zur Ausübung ihm übertragener öffentlicher Ehrenämter nötige freie Zeit."

Dieser Artikel der Weimarer Verfassung, die an sich niemals aufgehoben worden ist¹⁾, gilt heute gem. Art. 123 I, 125, 74 Nr. 12 GG als einfaches Bundesgesetz²⁾.

Schon aus der Formulierung "Recht auf ... freie Zeit" folgt, daß die Arbeitspflicht mit dem Eintritt der genannten Voraussetzungen nicht ipso iure entfällt. Es bedarf auch hier einer Freistellung durch den Arbeitgeber, auf die jedoch ein Anspruch besteht³⁾. Demgegenüber betrachtet Sadtler⁴⁾ Art. 160 Satz 1 WRV als einen "Fall der Unzumutbarkeit, der überobligationsmäßigen Schwierigkeit", bei welchem die Leistungspflicht von Gesetzes wegen entfielen. Diese Auffassung verkennt, daß bei Unzumutbarkeit ein Recht auf freie Zeit, wie es Art. 160 Satz 1 WRV vorsieht, entbehrlich wäre, da die Arbeitspflicht hier schon ohne Zutun des Arbeitgebers entfielen. Überdies liegt nicht immer Unzumutbarkeit vor, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind. Beispielsweise ist denkbar, daß der betroffene Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung subjektiv nicht als unzumutbar empfindet.

1) Schaufuß, S. 11, Gros, Urlaub II

2) vgl. LAG Düsseldorf, AP Nr. 2 zu Art. 48 GG, Stahlhacke, § 1 Anm. 23. - Art. 123 I GG gilt auch für Verfassungsrecht, vgl. Hamann, Art. 123 Erl. B 1, Maunz-Dürig-Herzog, Art. 123 Rnt. 6. - Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 133 sprechen von einem Fortgelten der "Grundsätze" des Art. 160 WRV, deuten also Zweifel am formellen Fortbestand der Bestimmung an.

3) Nikisch, NZfAR 28, 136 f., Kaskel-Dersch, 4. Aufl., S. 216, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 611 Bem. 276

4) S. 83

Oertmann¹⁾ folgert aus der angeblich öffentlich-rechtlichen Natur des in Art. 160 Satz 1 vorgesehenen Rechtes, daß sich der Arbeitnehmer die nötige Freizeit selbst nehmen dürfe. - Abgesehen davon, daß der Anspruch bei privaten Arbeitsverhältnissen durchaus privatrechtlicher Natur ist²⁾, widerspricht die Annahme eines Selbstbefreiungsrechtes aber dem gesetzlichen Wortlaut: Recht a u f ... freie Zeit.

Inhaltlich ist zu unterscheiden zwischen dem Freizeitanspruch einerseits zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte, andererseits zur Ausübung ihm übertragener öffentlicher Ehrenämter.

"Staatsbürgerliche Rechte" sind Rechte, die eine aktive Teilnahme an den Funktionen des Staates eröffnen³⁾. Darunter fällt in erster Linie die Beteiligung an politischen Wahlen, sei es zum Bundestag, Landtag, Kreistag oder Gemeinderat. Aber auch die Teilnahme an berufsständischen Wahlen und Veranstaltungen ist hierzu zu zählen⁴⁾.

Unter "öffentliche Ehrenämter" fällt die Tätigkeit als Abgeordneter, Kommunalvertreter oder Laienrichter, sowie die Mitgliedschaft in einer Kirchen- oder Schulverwaltung⁵⁾, auch bei freiwilliger Amtsübernahme⁶⁾. Zu beachten ist aber, daß die Ausübung öffentlicher Ehrenämter der Arbeit nur vorgeht, soweit dadurch der Betrieb nicht erheblich geschädigt wird. Grund dieser Einschränkung ist die Erwägung, daß die Freistellungspflicht nicht zu einer für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbaren Belastung führen darf⁷⁾. Eine erhebliche Betriebsbeeinträchtigung

1) S. 440, 442

2) vgl. die entspr. Ausführungen zu Art. 48 GG (S. 24)

3) Stier-Somlo, S. 431

4) Oertmann, S. 446, Sadtler, S. 84

5) Sadtler, S. 86

6) LAG Düsseldorf, AP Nr. 2 zu Art. 48 GG, Oertmann, S. 447

7) Sadtler, S. 86, Oertmann, S. 447.

tigung liegt vor, wenn die Tätigkeit des Amtsträgers eine "fühlbare, den Betrieb ernsthaft benachteiligende unvermeidbare Lücke reißen würde"¹⁾.

(c) Einen weiteren Fall obligatorischer Freistellung regelt § 629 BGB. Nach dieser Vorschrift hat der Dienstberechtigte nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.

Der Arbeitnehmer soll zur Vermeidung von Lohneinbußen Gelegenheit haben, sich noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach einem neuen Arbeitsplatz umzusehen, um unmittelbar im Anschluß an das alte Arbeitsverhältnis eine neue Arbeitsstelle antreten zu können. Für die Stellensuche reicht die normale Freizeit in der Regel nicht aus, zumal persönliche Vorstellungen meist nur während der üblichen Arbeitszeit möglich sind.

Das Gesetz sagt, die Zeit sei auf Verlangen zu gewähren. Daraus folgt, daß der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber um Freizeit nachzusuchen hat; die Arbeitspflicht entfällt nicht ipso iure²⁾. Aus der gesetzlichen Formulierung geht ferner hervor, daß der Arbeitnehmer Anspruch auf die Gewährung der Freistellung hat³⁾.

Der Freistellungsanspruch steht dem Arbeitnehmer auch dann zu, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch Kündigung, sondern auf andere Weise, etwa durch Zeitablauf, endet⁴⁾.

1) Oertmann, S. 447/448

2) Bitzer, BetrR 67, 95, Steinwedel, DB 64, 1484, Hueck-Nipperdey, I S. 459, Vogt, Betr. 68, 265

3) Vogt, Betr. 68, 264, Dersch-Neumann, § 1 Anm. 46, Wlotzke-Volze, § 629 Anm. 1

4) Hueck-Nipperdey, I S. 459, Nikisch, I S. 856, Schnorr v. Carolsfeld, S. 276

(d) Das Mutterschutzgesetz sieht obligatorische Freistellungen vor in §§ 7 I 1 und 16 Satz 1. Nach diesen Bestimmungen hat der Arbeitgeber den in seinem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen die zum Stillen bzw. zur Durchführung der Untersuchungen im Rahmen der Mutterschaftshilfe (§ 196 RVO) erforderliche Zeit freizugeben. In beiden Fällen steht der Frau nicht das Recht zu, von sich aus der Arbeit fernzubleiben. Sie muß ihren Anspruch vielmehr beim Arbeitgeber geltend machen, dem kraft seines Direktionsrechtes auch die Bestimmung der Freistellungszeit zusteht¹⁾.

(e) Arbeitnehmerinnen steht darüberhinaus als weiterer Freistellungsanspruch der sog. Hausarbeitstag zu. Er soll der berufstätigen Frau ermöglichen, ihre häuslichen Pflichten zu erfüllen.

Dieser Anspruch wurde erstmalig in § 2 FAO geregelt. Danach sind Frauen mit eigenem Hausstand bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von mindestens 48 Stunden berechtigt, bestimmte Freizeiten zur Erledigung häuslicher und persönlicher Angelegenheiten in Anspruch zu nehmen. In den meisten Bundesländern gilt diese Regelung noch heute, wenngleich sie mit der Einführung kürzerer Arbeitszeit immer mehr an Bedeutung verliert²⁾.

Die Länder Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen haben nach dem Kriege, aber vor Inkrafttreten des Grundgesetzes, eigene Hausarbeitstagesetze erlassen, die heute partielles Bundesrecht sind³⁾. Auch

-
- 1) vgl. zum Ganzen Bulla-Hackbeil, § 7 Anm. 9, 14, § 16 Anm. 13, Gröninger-Thomas, § 7 Anm. 3, § 16 Anm. 2, Schmatz-Zmarzlik, § 7 Anm. 1, § 16 Anm. 2
 - 2) Die FAO ist partielles Bundesrecht geworden (Art. 123 I, 125 Nr. 1, 74 Nr. 12 GG), so auch Nikisch, I S. 559, Bobrowski-Gaul, S. 341, Hueck-Nipperdey, I S. 718
 - 3) gem. Art. 123 I, 125 Nr. 2, 74 Nr. 12 GG; vgl. BAG AP Nr. 2 zu Art. 3 GG betr. das HATG von NRW, Bobrowski-Gaul, S. 342, Nikisch, I S. 559

sie gewähren weiblichen Arbeitnehmern mit eigenem Hausstand bei einer bestimmten, in den einzelnen Gesetzen unterschiedlich festgelegten wöchentlichen Mindestarbeitszeit Anspruch auf einen monatlichen Hausarbeitstag. Im Gegensatz zur FAO sehen diese Gesetze die Fortzahlung des Arbeitsentgelts vor.

(f) Weitere obligatorische Freistellungen sehen § 37 III BetrVG und die entsprechende¹⁾ Bestimmung des § 42 III PersVG vor.

Nach der zuerst genannten Vorschrift sind Mitglieder des Betriebsrates von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebes zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist²⁾. Ein solches Freistellungsbedürfnis liegt in der Regel vor, wenn eine wiederkehrende oder länger andauernde Arbeitsverhinderung des Betriebsratsmitgliedes voraussehbar ist, welche die völlige Befreiung von der Arbeit nötig erscheinen läßt³⁾.

Fehlt ein dahingehendes Bedürfnis, so darf die Freistellung nicht gewährt werden⁴⁾. Das nicht freigestellte Betriebsratsmitglied darf aber zur Erledigung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben Arbeitszeit in Anspruch nehmen. Dies ergibt sich aus § 37 II BetrVG, wo eine Minderung des Arbeitsentgelts wegen erforderlicher Versäumnis von Arbeitszeit ausgeschlossen wird. Insoweit

1) Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 37 Anm. 4, Molitor, PersVG § 42 Anm. 1

2) vgl. zum Aufgabenkreis des BetrR-Mitglieds Hohn, DB 63, 621

3) vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 37 BetrVG

4) Dietz, BetrVG § 37 Anm. 4,9, Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 37 Anm. 7

entfällt dann also die Arbeitspflicht ohne weiteres¹⁾.

Ist jedoch zur ordnungsgemäßen Durchführung seiner Aufgaben die (völlige) Freistellung des Betriebsratsmitglieds erforderlich, so besteht nur ein A n s p r u c h auf Befreiung von der Arbeit²⁾. Erst nach erfolgter Freistellung ruht die Arbeitspflicht. Nunmehr braucht das Mitglied sich nicht jedesmal abzumelden, wenn es seiner amtlichen Tätigkeit nachgeht. Auch braucht es, wenn es vorübergehend einmal nicht mit betrieblichen Aufgaben zu tun hat, seine berufliche Tätigkeit nicht zwischendurch wiederaufzunehmen³⁾.

(g) Auch einige Bestimmungen des Jugendarbeitsschutzgesetzes sehen obligatorische Freistellungen vor.

So hat etwa der Arbeitgeber nach § 13 I 1 JASchG dem Jugendlichen die zur Erfüllung der gesetzlichen Berufsschulpflicht notwendige Zeit zu gewähren⁴⁾. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Vorschrift⁵⁾, die auch dann zu erfüllen ist, wenn der Jugendliche erklärt, die Schule nicht besuchen zu wollen⁶⁾. Der Arbeitgeber darf deshalb hier nicht ein entsprechendes Freistellungsverlangen abwarten. Der jugendliche Arbeitnehmer hat auch zivilrechtlich Anspruch auf diese Freistellung, da § 13 gemäß § 6 JASchG gleichzeitig als Vertragsinhalt gilt⁷⁾.

1) vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 37 BetrVG, Hohn, DB 1963, 624, Galperin-Siebert, § 37 Anm. 29, Nikisch, III, S. 163, Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 37 Anm. 20;

a.A. Dietz, § 37 Anm. 13, der auch hier ein Ersuchen um Freistellung verlangt, bei deren Verweigerung aber ein Recht zur Entfernung zubilligt.

2) Dietz, BetrVG § 37 Anm. 4, Wittholz, Gewerkschafter 64, 32, Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 37 Anm. 22; der Anspruch steht aber nicht dem Mitglied, sondern dem Betriebsrat als solchem zu, vgl. Dietz, aaO, Anm. 15.

3) Nikisch, III S. 167

4) entspr. für die Binnenschifffahrt § 35 II 1 JASchG

5) Riedel, § 13 Anm. 21

6) Schulte-Langforth-Welzel, § 13 Anm. 17, Riedel, § 13 Anm. 8

7) Riedel, § 13 Anm. 21

Zu erwähnen ist schließlich noch § 49 S. 1 JASchG. Diese Vorschrift verpflichtet den Arbeitgeber, dem Jugendlichen die zur Durchführung der im 6. Abschnitt des JASchG vorgesehenen ärztlichen Untersuchungen erforderliche Freizeit zu gewähren.

(2) Dagegen werden von einem Teil der Lehre zu Unrecht folgende weitere bundesrechtliche Bestimmungen als Freistellungsregelungen angesehen: §§ 616 I 1 BGB¹⁾, 63 I 1 HGB²⁾, 133 c II 1 GewO³⁾; §§ 37 II BetrVG⁴⁾, 13 III JASchG⁵⁾, 12 I (nunmehr: 14 I) ArbPlSchG⁵⁾; § 15 JASchG⁶⁾; Art. 48 II 1 GG⁷⁾, §§ 139 RVO⁸⁾, 26 AGG⁹⁾, 20 SGG¹⁰⁾, 13 III 2 SchwerbeschG¹¹⁾; §§ 3 ff. MuSchG¹²⁾; 13 I 1 ZivilbevölkerungsschutzG¹³⁾. Die Einordnung dieser Fälle als Freistellungen trifft aus folgenden Gründen nicht zu:

(a) §§ 616 I 1 BGB, 63 I 1 HGB, 133 c II 1 GewO regeln den Vergütungsanspruch bei Arbeitsverhinderungen. Zur Frage, ob der Arbeitnehmer bei bestimmten Ereignissen berech-

-
- 1) so von Steinwedel, Betr. 64, 1481, Stahlhacke, § 1 Anm. 19, Boldt-Röhslers, § 1 Anm. 14
 - 2) so von Boldt-Röhslers, § 1 Anm. 14
 - 3) so von Bobrowski-Gaul, S. 339
 - 4) so von Maus, Urlaubsrecht, Anm. 28, Dersch-Neumann, § 1 Anm. 46, Steinwedel, Betr. 64, 1481
 - 5) so von Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 276, Steinwedel, DB 64, 1481, Maus, Urlaubsrecht, Anm. 27, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 180
 - 6) so von Schulte-Langforth - Welzel, § 15 Anm. 4
 - 7) so von Menten, S. 26/27
 - 8) so von Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 276, Heußner, S. 26, Menten, S. 26/27
 - 9) so von Menten, S. 26/27, Boldt-Röhslers, § 1 Anm. 15, Steinwedel, Betr. 64, 1481, Stahlhacke, § 1 Anm. 23, Natzel, BUG § 1 Anm. 9, Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 276
 - 10) wie Fn. 11), nicht jedoch von Steinwedel, aaO.
 - 11) so von Stahlhacke, § 1 Anm. 22, Maus, Urlaubsrecht, Anm. 26, Boldt-Röhslers, § 1 Anm. 16, Heußner, S. 26
 - 12) so von Stahlhacke, § 1 Anm. 22, Natzel, BUG § 1 Anm. 9, Boldt-Röhslers, § 1 Anm. 14, Maus, Urlaubsrecht, Anm. 25, Bulla-Hackbeil, § 3 Anm. 38 i.G.z. Vorbem. vor § 3 Anm. 26
 - 13) so von Degen-Spiertz, S. 83, Stahlhacke, § 1 Anm. 22, Steinwedel, Betr. 64, 1481

tigt ist, vom Arbeitgeber Freistellung zu verlangen, sagen diese Vorschriften jedoch nichts. Auch §§ 37 II BetrVG, 13 III JASchG, 14 I ArbPlSchG gehen von einer bereits aufgetretenen Arbeitsversäumnis aus, ohne anzuordnen, daß diese nur bei vorheriger Freistellung durch den Arbeitgeber berechtigt wäre.

(b) § 15 JASchG regelt die normale Arbeitszeit Jugendlicher und enthält nur das Verbot einer erneuten Beschäftigung vor Ablauf von 12 Stunden "nach Beendigung der Arbeit". Es handelt sich trotz der Ausdrucksweise des Gesetzgebers: "Freizeit ... zu gewähren" nicht um eine Freistellungsregelung, weil es nach Ablauf der Arbeitszeit keiner Befreiung von der Arbeit bedarf¹⁾²⁾.

(c) Art. 48 II 1 GG, §§ 139 RVO, 26 AGG, 20 SGG, 13 III 2 SchwerbeschG verbieten die Behinderung des Arbeitnehmers an der Übernahme und in der Ausübung des Abgeordnetenmandats bzw. besonderer Ehrenämter³⁾. Dagegen enthalten diese Bestimmungen nicht das Gebot, den Arbeitnehmer - etwa durch Freistellung von der Arbeit - in der jeweiligen Tätigkeit noch zu fördern. Der Arbeitnehmer soll lediglich nicht gehindert werden dürfen, der besonderen Tätigkeit nachzugehen, nicht aber soll er an der Erfüllung seiner Arbeitspflicht verhindert werden. Die genannten Vorschriften verbieten also nicht, daß der Arbeitnehmer seine ganze Arbeitskraft weiter dem Arbeitgeber widmet; sie verhindern nur, daß der Arbeitgeber die ganze Arbeitskraft des Arbeitnehmers in Anspruch nehmen kann⁴⁾. Die Behinderungs-

1) vgl. S. 6

2) entsprechend auch §§ 12 I 1 AZO, 31 I JASchG u.a.

3) vgl. auch §§ 53 I BetrVG, 17 I AVAVG, Art. 29 II 1 Verf. Bad.-Württ., 7 Verf. Berlin, 73 S. 1 Verf. Hamburg, 17 II 1 Verf. Niedersachsen

4) vgl. Bertermann, BB 67, 271 zu Art. 48 II 1 GG

verbote bedeuten für den Arbeitgeber die Möglichkeit, eine Leistung des Arbeitnehmers anzunehmen, wenngleich nicht zu verlangen, für den Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Leistung zu verweigern, wenngleich auch noch erbringen zu können. M.a.W. steht dem Arbeitnehmer hier lediglich eine Einrede¹⁾ gegen den Leistungsanspruch des Arbeitgebers zu; die Leistungspflicht besteht rechtlich fort²⁾.

Handelte es sich bei den genannten Vorschriften um Freistellungsgebote, wären Bestimmungen wie § 37 III BetrVG oder Art. 73 Satz 2 Verf. Hamburg angesichts der in § 53 I BetrVG bzw. Art. 73 Satz 1 Verf. Hamburg enthaltenen Hinderungsverbote entbehrlich.

(d) Auch die mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote (§§ 3 ff. MuSchG) geben im Gegensatz zu den Freistellungsansprüchen der §§ 7 I 1 und 16 S. 1 MuSchG nur ein Leistungsverweigerungsrecht³⁾. Die schwangere Arbeitnehmerin hat aber auch einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Beachtung und Innehaltung der Beschäftigungsverbote⁴⁾; auch dieser Anspruch beinhaltet aber nicht die völlige Freistellung von der Arbeit.

(e) § 13 I 1 ZivilbevölkerungsschutzG stellt deshalb keinen Fall einer obligatorischen Freistellung dar, weil die Heranziehung zu den Ausbildungsveranstaltungen die Arbeitspflicht ohne Zutun des Arbeitgebers entfallen läßt⁵⁾.

1) Bertermann, aaO. zu Art. 48 II 1 GG

2) also kein Fall einer "Befreiung", vgl. 1. Kap. I (3) (b)

3) Aye Vorbem. III vor § 3, Hueck-Nipperdey, I S. 727, Gröninger, § 3 Anm. 2c, Welzel, D I 3

4) Hueck-Nipperdey, I S. 143, Meisel-Hiersemann, Vorbem. 18 vor § 3, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 301 vor § 611

5) vgl. S. 11 zu Fn. 6)

(3) Echte Freistellungsverpflichtungen finden sich aber auch in landesrechtlichen Vorschriften.

(a) Wie Art. 48 I GG hinsichtlich der Bundestagswahlen, so enthalten auch die Verfassungen einiger Bundesländer Bestimmungen, nach welchen Bewerber um einen Sitz im Landtag zur Vorbereitung der Wahl auf Verlangen freizustellen sind¹⁾.

(b) Als weitere Beispiele seien noch die in den meisten Bundesländern erlassenen Gesetze über die Arbeitsbefreiung von Jugendleitern und Jugendpflegern genannt²⁾. Arbeitnehmern, die außerhalb ihrer Arbeitszeit in der Jugendpflege tätig sind, steht nach diesen Gesetzen gegenüber ihrem Arbeitgeber ein Rechtsanspruch auf Freistellung bis zu 12 Tagen jährlich zu, wenn die Voraussetzungen im einzelnen³⁾ erfüllt sind, und ein gesetzlich vorgesehener Hinderungsgrund nicht vorliegt.

Eine weitergehende Regelung enthält § 15 des Berliner Berufsausbildungsgesetzes. Danach ist Minderjährigen Freizeit bis zu 10 Arbeitstagen im Jahr zu gewähren, wenn sie während der Arbeitszeit an Veranstaltungen der Jugendförderung, Jugendbewegung, Gewerkschaft, sowie an Gottesdiensten und solchen Einrichtungen teilnehmen wollen, die der geistigen und körperlichen Aus- und Fortbildung dienen.

(4) Besondere Freistellungsansprüche können sich auch aus entsprechenden kollektiven Regelungen ergeben.

1) Art. 29 I Verf. Bad.-Württ., 17 I Verf. Nieders., 46 II 2 Verf. Nordrh.-Westf., 96 I 2 Verf. Rheinl.-Pf., 85 S. 2 Verf. Saarl., 4 S. 1 Verf. Schl.-Holst.

2) und zwar in Bad.-Württ., Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Rheinl.-Pf., Saarland

3) dazu Seipp, BlStSozArbR 67, 28 ff.

Häufig sehen insbesondere Tarifverträge bei Anlässen wie Eheschließung, Niederkunft der Ehefrau, Umzug oder Tod naher Verwandter einen Anspruch auf vorübergehende Befreiung von der Arbeit vor¹⁾. Vereinzelt wird tariflich auch Bildungsurlaub gewährt²⁾.

Im Rahmen der für Betriebsvereinbarungen bestehenden allgemeinen Zulässigkeitsschranken (§ 59 BetrVG) können Freistellungsansprüche auch durch dieses Gestaltungsmittel begründet werden. Gelegentlich geschieht dies ad hoc für bestimmte Einzelfälle, beispielsweise um Interessen die Teilnahme an einer Veranstaltung zu ermöglichen. Betriebsvereinbarungen können jedoch auch entsprechende generelle Regelungen treffen³⁾. Solche Betriebsvereinbarungen zur Dauerregelung bestimmter Arbeitsbedingungen werden als "Arbeitsordnungen" bezeichnet⁴⁾.

Von diesen Regelungen streng zu unterscheiden sind diejenigen Fälle, in welchen diese Gestaltungsmittel bei bestimmten Ereignissen den Entfall der Arbeitspflicht vorsehen, ohne daß eine Freistellung durch den Arbeitgeber erforderlich wäre⁵⁾.

(5) Freistellungsansprüche können auch einzelvertraglich festgelegt werden (§ 305 BGB), sei es durch ausdrückliche, sei es durch stillschweigende Übereinkunft.

-
- 1) vgl. Natzel, BUG § 1 Anm. 10, Söllner, S. 210, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 180, Haberkorn, Arbeitgeber 68, 172; als Beispiele seien genannt: § 12 des Angestellten-MTV für die Erdöl- und Erdgas - Bohr - und Gewinnungsbetriebe vom 2.10.67, § 9 MTV für die Angestellten im Flußspatbergbau der Gewerkschaft Finstergrund Wieden vom 19.12.66, abgedruckt als Anlagen 66 und 48 im Jahrbuch 1966/67 der IG Bergbau und Energie.
 - 2) vgl. Schelp, AuR 62, 66, Ziepke, Arbeitgeber 68, 168; zur Frage der Zulässigkeit vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 1 Anm. 161
 - 3) vgl. das Muster einer Arbeitsordnung von Koch, S. 98 ff. (106)
 - 4) Koch, S. 19 f.
 - 5) vgl. S. 12 unter (c)

Möglich ist, daß dies bereits in dem das Arbeitsverhältnis begründenden Arbeitsvertrag geschieht, wenn etwa schon bei seinem Abschluß die sichere Voraussicht besteht, daß der Arbeitnehmer zu regelmäßig wiederkehrenden Zwecken Freizeit benötigt, z.B., um bei der jährlichen Inventur im Geschäft des Ehegatten aushelfen zu können, oder jeweils zur Erntezeit¹⁾.

Auch Bildungsurlaub wird häufig bereits im Arbeitsvertrag geregelt, vor allem, wenn der Arbeitgeber selbst an der Weiterbildung des Arbeitnehmers interessiert ist.

Der Arbeitsvertrag kann hinsichtlich dieser Fragen auch auf die im Betriebe herrschenden Übungen verweisen, so wie dies auch häufig bei anderen Sozialleistungen geschieht, wie z.B. bei Gratifikationen und Ruhegeldern. Die betreffenden betrieblichen Übungen erlangen hier Verbindlichkeit dadurch, daß sie zur Grundlage der arbeitsvertraglichen Regelung gemacht werden²⁾.

Vertragliche Freistellungsvereinbarungen können selbstverständlich auch noch in einem späteren Zeitpunkt dem Arbeitsvertrag hinzugefügt werden, wenn sich erst im Ablauf des Arbeitsverhältnisses ein entsprechendes Freizeitbedürfnis des Arbeitnehmers ergibt.

1) vgl. Endemann, BB 59, 998

2) Hueck, Festschrift Lehmann, S. 636 ff.

Zusammenfassung des ersten Teils

Unter der Bezeichnung "Freistellung von der Arbeit" sind diejenigen Fälle zu verstehen, in welchen ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber - mit oder ohne Fortzahlung des Arbeitsentgelts - vorübergehend nicht zu Erholungszwecken von der Arbeitspflicht entbunden wird.

Derartige "Freistellungen" werden mitunter aus betrieblichen Gründen, möglicherweise gegen den Willen des Arbeitnehmers, vorgenommen (fakultative Freistellung). Auf die Gewährung einer Freistellung kann der Arbeitnehmer jedoch auch einen Rechtsanspruch haben (obligatorische Freistellung).

Ansprüche des Arbeitnehmers auf Freistellung von der Arbeit ergeben sich häufig aus speziellen gesetzlichen Bestimmungen oder kollektiven bzw. einzelvertraglichen Abreden (besondere Freistellungsansprüche).

Aufgabe dieser Abhandlung ist die Untersuchung der Fragen, inwieweit dem Arbeitnehmer über diese besonderen Fälle hinaus weitere Freistellungsansprüche zustehen können und wie solche **a l l g e m e i n e n** Freistellungsansprüche rechtlich zu behandeln sind.

ZWEITER TEIL: DIE ANSPRUCHSBERECHTIGUNG

1. Kapitel: Grundlagen und Voraussetzungen des allgemeinen Freistellungsanspruchs

I. Meinungsstand zur Möglichkeit eines allgemeinen Freistellungsanspruchs

1) Rechtsprechung

Zahlreiche Gerichte haben Arbeitnehmern für bestimmte Fälle einen Freistellungsanspruch auch unabhängig von einer besonderen Regelung zugebilligt. Die grundsätzliche Möglichkeit solcher allgemeiner Freistellungsansprüche wird darüber hinaus in vielen weiteren Entscheidungen anerkannt.

Als Rechtsgrundlage wird überwiegend die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers angesehen¹⁾²⁾. Mitunter werden bestimmte Voraussetzungen genannt, bei deren Vorliegen aus dieser Pflicht des Arbeitgebers ein Freistellungsanspruch stets folge, oder doch zumindest bei dem der Entscheidung zugrundeliegenden Anlaß gegeben sei²⁾.

Das ArbG Hildesheim³⁾ leitet den allgemeinen Freistellungsanspruch nicht ausdrücklich aus der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht ab, sondern aus "allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die aus der Bestimmung des § 242 BGB fließen".

In anderen Entscheidungen wird die Möglichkeit eines allgemeinen Freistellungsanspruchs ohne Angabe einer bestimmten Rechtsgrundlage bejaht⁴⁾.

1) z.B. LAG Bad.-Württ. (Stuttgart) Betr. 63, 242, ArbG Kiel, BB 65, 1272

2) z.B. LAG Freiburg, BB 56, 77 f., LAG Bad.-Württ. (Stuttgart) Betr. 64, 996, LAG Berlin, EntKal. 66, 577

3) ARSt. 56, Nr. 152

4) ArbG Pirmasens, ARSt. 60, Nr. 11, LAG Bad.-Württ. (Stuttgart) ARSt. 64, 182

Allgemeine Freistellungsansprüche werden freilich nicht durchweg in Betracht gezogen. Das LAG Düsseldorf hatte über den Fall eines mohammedanischen Arbeiters zu entscheiden, der an den letzten drei Tagen des islamischen Kurban-Beyram-Festes die Arbeitsleistung verweigert hatte¹⁾. Nach der Feststellung, ein gesetzlicher Freistellungsanspruch habe nicht bestanden, und die Arbeitsleistung sei auch nicht unzumutbar gewesen, führt das Gericht aus, der Arbeiter hätte eine Freistellung von der Arbeit besonders vereinbaren müssen, wenn er auch in der Bundesrepublik seinen durch den Islam geprägten Gewissenspflichten nachkommen wollte. Die Möglichkeit eines a l l g e m e i n e n Freistellungsanspruchs wird nicht erwogen.

Das Bundesarbeitsgericht hat zu der Frage eines allgemeinen Freistellungsanspruchs noch nicht abschließend Stellung genommen. Lediglich in einer Entscheidung des 4. Senats vom 31.7.57²⁾ wird einmal Genesungsurlaub als "Sonderurlaub" bezeichnet und dem Erholungsurlaub gegenübergestellt. Obiter dictum wird zur Rechtsgrundlage ausgeführt: "Während auf diesen³⁾ ... ein Anspruch besteht, liegt die Erteilung von Sonderurlaub, sofern sie nicht gesetzlich geregelt ist, wie z.B. beim Urlaub zur Stellensuche, § 629 BGB, oder der Beurlaubung nach dem MuSchG, grundsätzlich im freien Ermessen des Arbeitgebers (vgl. Nikisch)."

Die Verwendung des Wortes "grundsätzlich" läßt erkennen, daß der Senat in Ausnahmefällen einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung nicht für ausgeschlossen hält. Auch bei Nikisch⁴⁾, auf den der Senat verweist,

1) BB 64, 597

2) BB 57, 1072

3) gemeint: Erholungsurlaub

4) vgl. Nikisch, I S. 525

heißt es nur, daß die Erteilung von "Urlaub", soweit es sich nicht um Erholungsurlaub handelt, m e i s t e n s ein Entgegenkommen bedeute. Die Verweigerung könne aber nach Lage des Falles ein Verstoß gegen die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sein.

2) Literatur

In der arbeitsrechtlichen Literatur wird die Möglichkeit eines allgemeinen Freistellungsanspruchs überwiegend anerkannt, wenngleich häufig unter Betonung seines Ausnahmeharakters¹⁾.

Als Anspruchsgrundlage wird auch von der Literatur überwiegend die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bezeichnet. Während einige Autoren lediglich auf die Möglichkeit einer derartigen Fürsorgeverpflichtung hinweisen²⁾, nennen andere bestimmte Kriterien, bei deren Vorliegen sich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht immer ein Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers ergebe³⁾. Schließlich wird die Frage nach einem allein aus der Fürsorgepflicht folgenden allgemeinen Freistellungsanspruch gelegentlich für ganz bestimmte Einzelfälle entschieden⁴⁾.

Vereinzelte werden auch andere Rechtsgrundlagen herangezogen:

-
- 1) vgl. etwa Brox, S. 66, Bobrowski-Gaul, S. 340, Höhne, BB 54, 1065, Walter, BB 56, 78
 - 2) z.B. Brox, S. 66, Gros, "Abgrenzung", D II 1a, Nikisch, I S. 525, Stecher, RdA 61, 264, Steinwedel, Betr. 64, 1481 (für unbezahlten Sonderurlaub), Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 180
 - 3) z.B. Bobrowski-Gaul, S. 340, Höhne, BB 54, 1065, Hueck-Nipperdey, I S. 457, Natzel, BUG § 1 Anm. 13, Menten, S. 36 f., Schlessmann, Arbeitsvertrag, S. 107, Rothe, Betr. 55, 666 Fn. 1, Trabandt, BB 52, 863, Weidner, Betr.Verf. 56, 112
 - 4) z.B. Bulla-Hackbeil, § 16 Anm. 50, Schmatz-Zmarzlik, § 16 Anm. 1 für Mutterschaftsuntersuchungen nicht pflichtversicherter Frauen; Großmann, AuR 63, 257, Marienhagen, BB 65, 1272 f., Stahlhacke, § 1 Anm. 21 für den Fall des Bildungsurlaubs

Höhne¹⁾ leitet den allgemeinen Freistellungsanspruch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ab, zieht aber für das Arbeitsverhältnis auch die Fürsorgepflicht als Rechtsgrundlage des "Rechts auf Sonderurlaub" heran²⁾.

Schelp-Herbst³⁾ berufen sich auf "allgemeine Rechtsgrundsätze".

Steinwedel⁴⁾ unterscheidet zwischen einem Anspruch auf unbezahlte und dem auf bezahlte Freizeit. Während jener "allenfalls aus der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht folgen könne", beruhe der Anspruch auf bezahlte Freizeit auf der "Sonderregelung des § 616 BGB".

Menten⁵⁾ weist schließlich auf die Möglichkeit hin, daß sich ein Anspruch auf "Sonderurlaub" aus einer entsprechenden betrieblichen Übung ergibt.

Nur ganz vereinzelt werden Freistellungsansprüche des Arbeitnehmers über besondere Regelungen hinaus nicht anerkannt, z.B. von Rothe⁶⁾ und Köst⁷⁾, die die Gewährung uneingeschränkt ins Ermessen des Arbeitgebers stellen. Auch nach Müller⁸⁾ bestehe in den Fällen, die nicht unter § 616 BGB fallen, nach herrschender Lehre kein Anspruch, sondern nur eine Möglichkeit zur Befreiung von der Dienstleistungspflicht.

Zum Abschluß dieser Übersicht sei noch erwähnt, daß ein gewohnheitsrechtlicher Anspruch auf Freistellung - soweit dies überhaupt in Betracht gezogen wird - in der Literatur verneint wird⁹⁾.

1) BB 54, 1065 unter 1.

2) BB 54, 1066 unter 2.

3) § 1 Anm. 3

4) DB 1964, 1481

5) S. 46 f.

6) BlStSozArbR 59, 253 (i.G.z.Betr. 55, 666 Fn. 1)

7) S. 56 A 3

8) Arbeitgeber 62, 619

9) vgl. Höhne, BB 54, 1065, Menten, S. 30

II. Ableitung des allgemeinen Freistellungsanspruchs aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Aus der Definition des allgemeinen Freistellungsanspruchs folgt, daß seine Begründung nur aus denjenigen Rechtsprinzipien des Arbeitsrechts erfolgen kann, welche nicht in einer Regelung gesetzlicher, kollektiver oder einzelvertraglicher Art bestehen. Es ist naheliegend, hier zunächst an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu denken, jene generalklauselartige Erscheinung, welche - ohne gesetzlich niedergelegt zu sein¹⁾ - das gesamte Arbeitsverhältnis über die besonderen Regelungen hinaus gestaltet²⁾.

1) Wesen und Inhalt der Fürsorgepflicht

Die Fürsorgepflicht verpflichtet den Arbeitgeber, im Rahmen des Arbeitsverhältnisses sich für den Arbeitnehmer einzusetzen, ihm Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen, und alles zu unterlassen, was die Interessen des Arbeitnehmers zu schädigen geeignet ist³⁾.

Zur Überwindung der sozialen, persönlichen und wirtschaftlichen Ungleichheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer⁴⁾ soll die Fürsorgepflicht einen Ausgleich schaffen für die durch die Lohnzahlung nicht im vollen Maße abgegoltene teilweise Aufgabe der persönlichen Selbstbestimmung und die Unterordnung unter die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers⁵⁾. Die Fürsorgepflicht ist so das rechtliche Korrelat zur persönlichen Eingliederung des

1) anders noch § 2 II 1 des 1946 aufgehobenen AOG

2) vgl. Nikisch, I S. 470, Bobrowski-Gaul, S. 290

3) so die Formulierung von Hueck-Nipperdey, I S. 390

4) Stecher, RdA 61, 263

5) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 390, Stecher, RdA 61, 263, Maus, Fürsorgepflicht, S. 61/62

Arbeitnehmers in den Betrieb oder den Lebensbereich des Arbeitgebers¹⁾.

Der Fürsorgegedanke beruht auf der deutschrechtlichen Anschauung vom Wesen des Dienstverhältnisses als eines auf dem Treuegedanken aufgebauten personenrechtlichen Verhältnisses, aus dem sich die Pflichten des Herrn und des Gefolgsmannes als Treuepflichten ergeben; dabei ist die Fürsorgepflicht des Herrn das Gegenstück zur Gefolgschaftstreue des Dienenden²⁾.

Einzelne konkrete Schutzpflichten, die sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergeben, sind schon in älteren arbeitsrechtlichen Bestimmungen enthalten, z.B. in §§ 617-619 BGB, 62 HGB, 120 a ff. GewO. Erst allmählich wurde in der Rechtslehre der Gedanke einer umfassenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entwickelt³⁾. Unter seinem Einfluß setzte sich dann die Auffassung von der Fürsorgepflicht als einer Grund- und Hauptpflicht des Arbeitgebers durch, als welche sie heute überwiegend angesehen wird⁴⁾.

Über die rechtliche Grundlage der Fürsorgepflicht besteht auch heute noch keine Einigkeit. Während teilweise in der Fürsorgepflicht nur eine spezielle Ausprägung des in § 242 BGB verankerten Prinzips von Treu und Glauben gesehen wird⁵⁾, leiten andere die Fürsorgepflicht neben § 242 BGB⁶⁾ oder aber ausschließlich aus der sozialen Schutzfunktion des Arbeitsrechts ab.⁷⁾ Wiedemann⁸⁾

1) Söllner, S. 205

2) v. Gierke, S. 40, Fluhr, S. 12

3) vgl. Hueck-Nipperdey, 1927, S. 221 ff., Nikisch, Grundformen, S. 130 ff.

4) Dersch, Festschrift, S. 73, Hueck-Nipperdey, I S. 390, Nikisch, I S. 470, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbemerk. 2 vor §§ 617-619

5) Nikisch, I S. 470, Stecher, RdA 61, 261

6) Hueck-Nipperdey, I S. 391 Fn. 6, Maus, Fürsorgepflicht, S. 61, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 2 vor §§ 617-619

7) Dersch, Festschrift, S. 75

8) vgl. S. 9 ff., 25 ff., 47 ff., 56 ff.

betrachtet die Fürsorgepflicht als Einzelwirkung der Strukturelemente, die das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis kennzeichnen. Auch das im Grundgesetz niedergelegte Sozialstaatsprinzip wird zur Begründung der Fürsorgepflicht angeführt¹⁾. Wesentliche Unterschiede hinsichtlich des Inhalts und Umfangs der Fürsorgepflicht ergeben sich aus den verschiedenen Theorien nicht.

2) Die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage

(1) Die Ableitung von Freistellungsansprüchen aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist nur zulässig, wenn dieses Institut überhaupt Rechtsgrundlage für Ansprüche des Arbeitnehmers sein kann.

Ihrem rechtspolitischen Anliegen dient die Fürsorgepflicht auf verschiedene Weise. Sie wird gebraucht als Auslegungsmaßstab für gesetzliche Vorschriften und Abreden der Arbeitsvertragsparteien. In dieser präzisierenden Funktion bestimmt die Fürsorgepflicht Inhalt und Umfang der Pflichten des Arbeitgebers, so wie im allgemeinen Schuldrecht Treu und Glauben den Maßstab dafür bilden, wie die geschuldete Leistung zu erbringen ist (§ 242 BGB)²⁾. Daneben wirkt die Fürsorgepflicht als Schranke für die Ausübung der dem Arbeitgeber zustehenden Rechte, beispielsweise seines Direktionsrechtes³⁾.

Lange Zeit war zweifelhaft, ob der Fürsorgepflicht darüber hinaus auch die Funktion einer selbständigen Anspruchsgrundlage zukomme. Das Reichsgericht erkannte positivistisch über die in gesetzlichen Bestimmungen wie

1) z.B. Fechner, RdA 55, 162

2) vgl. Stecher, RdA 61, 263, Hueck-Nipperdey, I S. 390

3) vgl. Maus, Fürsorgepflicht, S. 63, Stecher, RdA, S. 265 f.

wie §§ 617, 618 BGB, 62 HGB, 120 a ff. GewO niedergelegten Verpflichtungen hinaus keine "allgemeinen" Ansprüche des Arbeitnehmers aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers an, selbst nachdem § 2 II 1 AOG die Fürsorgepflicht gesetzlich erfaßt hatte¹⁾.

Schon damals hielt man die Befürchtung des RAG, die Anerkennung der Fürsorgepflicht als selbständige Anspruchsgrundlage führe zu Rechtsunsicherheit und übersteigerten Forderungen an den Arbeitgeber, überwiegend für unbegründet²⁾. Heute ist allgemein anerkannt³⁾, daß aus der Fürsorgepflicht auch ohne besondere gesetzliche Ausgestaltung konkrete Einzelpflichten erwachsen und eine so weitgehende Verselbständigung erfahren können, daß sie zu unmittelbaren Rechtsansprüchen des Arbeitnehmers werden. Von Wiedemann⁴⁾ wird sogar vertreten, die Fürsorgepflicht sei gerade dazu geschaffen, dem Arbeitnehmer Ansprüche zu geben.

Die allgemeine Pflicht des Arbeitgebers konkretisiert sich im Einzelfalle zu besonderen Einzelpflichten (Schutz-, Obhuts-, Mitwirkungs-, Auskunftspflichten etc.), die entsprechende vertragliche Ansprüche des Arbeitnehmers erzeugen⁵⁾. Freilich darf die Fürsorgepflicht nicht "überstrapaziert"⁶⁾ werden. Sie darf als Anspruchsgrundlage nur für solche Fälle herangezogen werden, für die sie nach ihrer Grundidee und Entstehungsgeschichte bestimmt ist⁷⁾.

1) vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Rnt. 16s, Nikisch, I S. 484

2) vgl. Nikisch, I S. 484

3) vgl. Sitzler, Fürsorgepflicht, A III 2, Nikisch, I S. 483 f., Stecher, RdA 61, 264, Hueck-Nipperdey, I S. 392

4) S. 60

5) vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 2 vor §§ 617-619

6) vgl. BAGE 10, 65 (70)

7) Wiedemann, S. 58

(2) Die grundsätzliche Anerkennung der Fürsorgepflicht als mögliche Anspruchsgrundlage besagt noch nicht, welche Pflichten im Einzelfall bestehen. Die Fürsorgepflicht bedeutet nicht, daß der Arbeitnehmer auf jede denkbare Leistung des Arbeitgebers, die als Ausfluß sozialer Fürsorge erscheint, einen vertraglichen Rechtsanspruch hätte. Vielmehr bleibt ein weites Gebiet *f r e i w i l l i g e r* Sozialleistungen des Arbeitgebers, auf die kein Rechtsanspruch besteht, wie z.B. Gratifikationen und Ruhegelder¹⁾.

Bei allen fürsorglichen Maßnahmen des Arbeitgebers stellt sich deshalb die Frage, ob es sich um eine freiwillige Leistung oder aber um die Erfüllung eines entsprechenden Anspruchs des Arbeitnehmers handelt. Nach welchen Kriterien entscheidet sich nun, zu welcher Gruppe ein bestimmtes soziales Verhalten des Arbeitgebers, beispielsweise die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit, gehört?

Nach Staudinger-Nipperdey-Mohnen²⁾ soll aus der Fürsorgepflicht eine konkrete Einzelverpflichtung des Arbeitgebers dann und nur dann hervorgehen, wenn die Parteien die betreffende Pflicht vertraglich nicht ausschließen können, "ohne gegen die Grundauffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses und der ihm innewohnenden Pflichten zu verstoßen." Dies folge aus der zwingenden Natur der Fürsorgepflicht.

Damit ist aber hinsichtlich der Grenzziehung zwischen freiwilligen und geschuldeten Fürsorgemaßnahmen nicht viel gewonnen. Das Abstellen auf die Abdingbarkeit führt nur zu einer Verlagerung des Problems. Abgesehen davon

1) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 7 vor §§ 617-619, Hueck-Nipperdey, I S. 393, Menten, S. 33

2) Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 7 vor §§ 617-619

kann die Zulässigkeit des vertraglichen Ausschlusses eines Anspruchs erst beurteilt werden, wenn dessen Bestehen geklärt ist.

Im Hinblick auf die ständige Fortentwicklung und Wandlung der allgemeinen Lebensverhältnisse und mit ihnen auch der arbeitsrechtlichen Grundanschauungen läßt sich kein fester Maßstab dafür angeben, welche fürsorglichen Leistungen vom Arbeitnehmer beansprucht werden können bzw., welche vom Arbeitgeber freiwillig erbracht werden. Inhalt und Umfang der Fürsorgepflicht allgemein sowie der aus ihr ableitbaren Einzelverpflichtungen des Arbeitgebers richten sich vielmehr in erster Linie nach der jeweiligen Verkehrsanschauung¹⁾. Eine bestimmte Einzelpflicht folgt demnach aus der Fürsorgepflicht dann, wenn im Arbeitsleben die Anschauung herrschend ist, daß der Arbeitgeber diese Pflicht entweder allgemein oder bei der besonderen Sachlage auf sich nehmen muß²⁾. Die Rechtslage entspricht so den sich ständig weiterentwickelnden Auffassungen des Rechtslebens, ohne daß gesetzgeberische Maßnahmen erforderlich wären.

Eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht zu bestimmten Einzelverpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten kann auf betrieblicher Ebene auch eintreten aufgrund sog. betrieblicher Übungen.

Gewährt ein Arbeitgeber wiederholt freiwillig bestimmte Leistungen sozialer Art in einer Weise, die zu einem festen Brauch im Betrieb geworden ist, so kann sich hieraus für die Arbeitnehmer ein Rechtsanspruch auch auf künf-

1) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 393, Marienhagen, BB 65, 1273, Maus, S. 65/66, Menten, S. 34, Nikisch, I S. 483, Sitzler, Fürsorgepflicht A IV, Stahlhacke, § 1 Anm. 21, Stecher, RdA 61, 264

2) so Nikisch, I S. 483

tige Gewährung ergeben. Einer solchen Betriebsübung kommt zwar selbst keine unmittelbare normative Kraft zu, es handelt sich nicht um eine eigenständige Rechtsquelle¹⁾. Sie erlangt Rechtsverbindlichkeit vielmehr meist erst in Verbindung mit einer (ausdrücklichen oder stillschweigenden) vertraglichen Vereinbarung, welche sich entweder auf die im Betrieb herrschenden Übungen bezieht, deren Geltung statuiert oder aber gemäß den betrieblichen Übungen ausgelegt wird²⁾.

Darüber hinaus jedoch - und dies ist in vorliegendem Zusammenhang allein von Bedeutung - erlangen betriebliche Übungen Rechtsverbindlichkeit auch in ihrer Funktion, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu konkretisieren³⁾. Was der Arbeitgeber seinen Beschäftigten aufgrund der Fürsorgepflicht schuldet, muß unter Berücksichtigung der im Betrieb herrschenden Übung bestimmt werden⁴⁾. Die Wirkung der Betriebsübung entspricht insoweit der Verkehrs-sitte nach § 242 BGB⁵⁾.

Praktisch gilt dies freilich nur für solche Betriebsübungen, die sich im Bereich fürsorglicher Maßnahmen bewegen. Gerade bei sozialen Sonderleistungen, zu denen auch die Freistellung von der Arbeit zu rechnen ist, spielen betriebliche Übungen bei Fehlen besonderer Abreden eine wichtige Rolle.

1) heute ganz h.L., vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, AP Nr. 30 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Hueck Festschrift, S. 634 ff. (636), Götz Hueck, Betriebsübung A II 1, Mengel, S. 34 ff., Seiter, S. 48 ff. (51)

2) vgl. dazu Hueck, Festschrift Lehmann, S. 636 ff., Götz Hueck, Betriebsübung, A II 2 a, b

3) vgl. Hueck, Festschrift Lehmann, S. 642, Hueck-Nipperdey, I S. 155, Götz Hueck, Betriebsübung, A II 2 c, Mengel, S. 82/83, Nikisch, I S. 263, Siebert, BB 55, 871 und schon in Reuß-Siebert, S. 113 ff.

4) Hueck, Festschrift, S. 642

5) vgl. Hueck, Festschrift, S. 642

Schließlich kann die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu bestimmten Einzelansprüchen des Arbeitnehmers durch das Gleichbehandlungsgebot konkretisiert werden.

Dieses allgemein anerkannte¹⁾ arbeitsrechtliche Prinzip verbietet dem Arbeitgeber eine willkürliche, d.h. sachlich nicht gerechtfertigte Schlechterbehandlung einzelner Arbeitnehmer. Den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Arbeitnehmer muß der Arbeitgeber selbst dann beachten, wenn er seinen Betriebsangehörigen freiwillige, durch keine Rechtspflicht gebotene Leistungen zuwendet. Gerade für zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers hat die Rechtsprechung das Gleichbehandlungsgebot entwickelt. Hier ersetzt es die sonst fehlende Anspruchsgrundlage, wirkt also anspruchsbegründend²⁾.

Der Grundgedanke der Gleichbehandlung liegt in der von Arbeitnehmern und Arbeitgeber gebildeten Gemeinschaft im Betrieb, innerhalb derer im Interesse der Gerechtigkeit gleichmäßig verfahren werden muß³⁾. Rechtliche Grundlage des Gleichbehandlungsgebotes ist die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers⁴⁾. Durch eine willkürliche Schlechterbehandlung einzelner Arbeitnehmer verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht. Daher läßt sich sagen, daß die Fürsorgepflicht auch durch solche Tatbestände konkretisiert wird, die dem Arbeitgeber infolge des Gleichbehandlungsgebotes die Pflicht auferlegen, einzelnen Arbeitnehmern bestimmte

-
- 1) vgl. BAG AP Nr. 4, 16 zu § 611 BGB Gratifikation, AP Nr. 3, 30 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, AP Nr. 10 zu Art. 3 GG, Bötticher, RdA 57, 317 ff., Bobrowski-Gaul, S. 293/294, Dietz, BetrVG § 51 Rnt. 5 ff., Götz Hueck, Grundsatz, S. 58 ff. (61)
 - 2) vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Hueck-Nipperdey, I S. 425
 - 3) Nikisch, I S. 500, Hueck-Nipperdey, I S. 419/420, Götz Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 242 BGB Gleichbehandlung
 - 4) so BAG wie Fn. 1 und AP Nr. 10 zu Art. 3 GG, Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm. 17a, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 13 vor §§ 617-619, BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung

Vergünstigungen zu gewähren, auf welche nicht schon aus einem sonstigen Rechtsgrund Anspruch besteht¹⁾.

3) Freistellungsansprüche aus der Fürsorgepflicht

Aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sind - wie unter 2) dargestellt - Einzelansprüche des Arbeitnehmers entweder auf Grund der Verkehrsanschauung, einer betrieblichen Übung oder aber des Gleichbehandlungsgebotes ableitbar. Nunmehr soll untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen die Fürsorgepflicht durch die genannten Faktoren gerade zu **F r e i s t e l l u n g s a n s p r ü c h e n** konkretisiert wird.

a) Freistellungsansprüche nach der Verkehrsanschauung

Eine erschöpfende Aufzählung der Fälle, in denen dem Arbeitnehmer nach den heutigen Anschauungen des Arbeitslebens ein allgemeiner Anspruch auf Freistellung von der Arbeit zusteht, ist nicht möglich. Schon angesichts der Vieltätigkeit der Lebenssachverhalte, die Anlaß eines Freistellungsbegehrens sein können, müßte der Versuch einer Kasuistik ins Uferlose führen. Abgesehen davon ist die Verkehrsanschauung nicht allein von dem mit der Freistellung verfolgten Zweck abhängig; je nach Sachlage kann sich bei ein und demselben Freistellungsanlaß eine ganz verschiedene Beurteilung ergeben. Eine abschließende Katalogisierung der nach heutiger Anschauung bestehenden Freistellungsansprüche wäre auch wenig sinnvoll. Wie beispiels-

1) Diese die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers konkretisierende Wirkung des Grundsatzes der Gleichbehandlung wurde schon von Hueck-Nipperdey-Dietz AOG § 2 Anm. 17a herausgestellt.

weise das Berliner Passierscheinabkommen vom 17.12.1963 gezeigt hat, ergeben sich immer wieder neue Situationen, welche eine Freistellung von der Arbeit angezeigt erscheinen lassen. Auf Grund dieses Abkommens, das von einem Beauftragten des West-Berliner Senats und einem Bevollmächtigten der DDR-Regierung getroffen wurde, konnten West-Berliner in der Zeit vom 19.12.63 bis 5.1.64 erstmalig wieder seit dem 13.8.61 ihre Verwandten in Ost-Berlin besuchen. Für den Sektorenübergang waren Passierscheine erforderlich, welche jeweils für 24 Stunden ausgestellt wurden. Arbeitnehmer, die während der ihnen zugewiesenen Zeit arbeiten mußten, konnten ihre Besuchserlaubnis nur bei einer Freistellung von der Arbeit voll ausnutzen.

Möglich erscheint jedoch, daß sich im Arbeitsleben bestimmte einheitliche Kriterien herausgebildet haben, die der Entscheidung darüber, ob einem Arbeitnehmer unter den jeweiligen Umständen ein Freistellungsanspruch zusteht, allgemein zugrundegelegt werden. Derartige abstrakte Beurteilungsmaßstäbe ließen eine Entscheidung dieser Frage in allen denkbaren Fällen zu. Aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers wäre ein allgemeiner Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung aufgrund der Verkehrsanschauung dann ableitbar, wenn der dem Freistellungsbegehren zugrundeliegende Sachverhalt die vom heutigen Rechtsleben aufgestellten generellen Voraussetzungen erfüllt.

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verkehr aus der Fürsorgepflicht allgemein Freistellungsansprüche ableitet, finden sich in der Literatur nur vereinzelte, nicht übereinstimmende Hinweise.

Nach Höhne¹⁾ gebietet die Verkehrssitte eine Freistellung "immer dann, wenn es dem Arbeitnehmer nicht zuzumu-

1) BB 54, 1065

ten sei, seine Leistung ... zu erbringen, wenn er nämlich für die Arbeitsbefreiung einen wichtigen Grund" habe.

Menten¹⁾ zufolge kann die Verkehrsanschauung die Frage immer nur auf Grund einer Interessenabwägung entscheiden. Danach bejaht der Verkehr einen Freistellungsanspruch immer dann, aber auch nur dann, wenn das Interesse des Arbeitnehmers an der Freistellung dasjenige des Arbeitgebers an der Erbringung der Arbeitsleistung übersteigt.

Lediglich zum speziellen Fall der Freistellung zur Fortbildungszwecken findet sich häufiger der Vermerk, "das Arbeitsleben werde nicht von der Auffassung beherrscht", daß der Arbeitnehmer zu diesem Zweck freizustellen sei²⁾.

Im folgenden soll nunmehr anhand der Rechtsprechung und der Lehre geprüft werden, inwieweit die Frage nach einem aus der Fürsorgepflicht folgenden allgemeinen Freistellungsanspruch im heutigen Rechtsleben nach solchen einheitlichen Kriterien entschieden wird.

aa) Bestehen eines wichtigen Freistellungsgrundes

In einer Entscheidung vom 31.3.55³⁾ billigte das LAG Freiburg einem Arbeitnehmer, der an einem gewerkschaftlichen Schulungskurs für Arbeitsrichter teilgenommen hatte, einen Rechtsanspruch auf Freistellung von der Arbeit zu⁴⁾. Ausgehend davon, daß über den Freistellungsanspruch

1) S. 35

2) vgl. Stahlhacke, § 1 Anm. 21, Marienhagen, BB 65, 1273; entspr. auch Müller, Arbeitgeber 62, 619

3) BB 56, 77 f.

4) zust. Frey, AuR 56, 64 und Hueck-Nipperdey, I S. 457 Fn. 134; abl. Walter, BB 56, 78 f., Gros, Abgrenzung D II 1a; nach Schlessmann, Arbeitsvertrag, S. 107 liegt hier die Entscheidung im freien Ermessen des ArbGeb.

nach objektiven Gesichtspunkten zu entscheiden sei, kam das Gericht im Hinblick auf das vorhandene öffentliche Interesse an der Teilnahme des Arbeitnehmers zu diesem Ergebnis.

Die Stuttgarter Kammer des LAG Baden-Württemberg wies in einer Entscheidung vom 22.11.62¹⁾ auf die Möglichkeit hin, einen Anspruch auf "Sonderurlaub" für eine ärztlich verordnete Schonzeit aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers herzuleiten.

Eine Entscheidung desselben Gerichts vom 4.6.64 betraf den Fall eines Arbeitnehmers, der zum Zwecke eines Arztbesuches um Freistellung nachgesucht hatte. Obwohl er sich zur späteren Nachholung der ausfallenden Arbeit bereiterklärt hatte, war ihm die Freistellung verweigert worden. Nachdem er sich daraufhin eigenmächtig von der Arbeit entfernt hatte, wurde ihm fristlos gekündigt. Das Gericht erklärte die fristlose Kündigung für nicht berechtigt²⁾. Es entschied, ein Arbeitgeber müsse auf Grund seiner Fürsorgepflicht seinen Arbeitnehmern gestatten, während der Dienstzeit einen Arzt aufzusuchen, wenn dies außerhalb nicht möglich sei.

Am 10.2.64 entschied dasselbe Gericht³⁾, daß einem Arbeitnehmer immer dann Freistellung von der Arbeit zu erteilen sei, wenn ein Dienstversäumnis notwendig werde, um einer sittlichen Pflicht zu genügen. Unter diesem Gesichtspunkt sah die Kammer ein Freistellungsbegehren, welches die Teilnahme an der Bestattung der Schwiegermutter ermöglichen sollte, als gerechtfertigt an.

In der Entscheidung des ArbG Berlin vom 25.1.65⁴⁾ wird es als Verstoß gegen die elementarsten Fürsorgepflichten

1) DB 63, 242

2) DB 64, 996

3) ARSt 64, 182

4) EntKal 65, 321

bezeichnet, daß ein Arbeitgeber - ohne besondere Gründe anzugeben - verlangt hat, ein Arbeitnehmer solle auf eine von drei Besuchsmöglichkeiten der Verwandten im sowjetisch besetzten Sektor der Stadt mit Rücksicht auf den Betrieb verzichten. Entsprechend heißt es in einer Entscheidung des LAG Berlin vom 28.6.66¹⁾, das Vorliegen eines Passierscheins zum Besuch von Verwandten in Ost-Berlin sei ein Tatbestand, der den Arbeitgeber veranlassen müsse, im Rahmen seiner Fürsorgepflicht unter Anspannung aller Möglichkeiten die Freistellung von der Arbeit zu gewähren.

Nach Ansicht des ArbG Kiel²⁾, die allerdings in der Literatur nicht geteilt wird³⁾, kann dem Arbeitnehmer aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein Anspruch auf "unbezahlten Sonderurlaub" schon dann erwachsen, wenn ein solcher Urlaub zur fachlichen Weiterbildung erforderlich ist.

Nach Höhne⁴⁾ folgt aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein "allgemeines Recht auf Sonderurlaub", wenn "die Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers und die Verkehrssitte die Freistellung gebieten". Dies sei immer dann der Fall, wenn dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht zuzumuten sei, d.h. wenn für die Arbeitsbefreiung ein "wichtiger Grund" bestehe. Wichtige Gründe sind nach Ansicht von Höhne Tod und Beerdigung naher Angehöriger⁵⁾, u.U. auch Krankheitsfälle in der Familie, nicht dagegen Vereins- oder Familienfeste⁶⁾ oder Ausflüge. Ein solcher wichtiger Grund fehle, wenn

1) EntKal 66, 577

2) BB 65, 1272

3) vgl. die abl. Anmerkung von Marienhagen, BB 65, 1272 und Stahlhacke, § 1 Anm. 21, ferner Grossmann, AuR 63, 257 und Müller, Arbeitgeber 62, 618 ff.

4) BB 54, 1065

5) so auch Schmelzer, S. 60, Gros, Abgrenzung, D II 1 a

6) nach Maus, Urlaubsrecht, Rnt. 20 hier Freistellung möglich

sich die vom Arbeitnehmer vorgetragene Angelegenheit auch anders als durch die Gewährung von "Sonderurlaub" erledigen lasse, insbesondere, wenn sie durch einen Vertreter oder außerhalb der Arbeitszeit oder aber schriftlich geregelt werden könne.

Weidner¹⁾ will dem Arbeitnehmer einen Freistellungsanspruch grundsätzlich schon dann zubilligen, wenn der Arbeitnehmer "ein berechtigtes kulturelles oder wirtschaftliches Interesse an der Entbindung von der Arbeitspflicht hat". Als Beispiele nennt er "die Absicht des Arbeitnehmers, eine günstige Studienreise durchzuführen" und "die Notwendigkeit der Feldbestellung in einer eigenbewirtschafteten Landwirtschaft".

Auch Stecher²⁾ hält ein "berechtigtes Interesse" des Arbeitnehmers für einen entsprechenden Freistellungsanspruch aus der Fürsorgepflicht für ausreichend. Als Beispiele werden genannt: Teilnahme an einer auswärtigen Beerdigung, Durchführung eines Umzuges³⁾, Teilnahme an einem Schulungskurs⁴⁾.

Wlotzke-Volze verlangen u.a. ein "dringendes Interesse" des Arbeitnehmers an der Freizeit⁵⁾.

Hueck-Nipperdey⁶⁾ nennen in Gegenüberstellung zum Erholungsurlaub als Beispiele für Freistellungen: Familienfeste, Reisen zu Verwandten, Teilnahme an einer Beerdigung, Durchführung eines Umzuges, Erledigung dringender geschäftlicher Angelegenheiten, Aufsuchen eines Anwaltes oder eines Arztes. Hier fehle im allgemeinen ein Rechtsanspruch auf Beurlaubung, sie liege vielmehr im freien Belieben des Arbeitgebers. Im einzelnen Fall könne aber

1) Betr.Verf. 56, 112

2) RdA 61, 264

3) so auch Schmelzer, S. 60

4) unter Verweis auf LAG Freiburg, BB 56, 77

5) § 611 BGB Anm. 180

6) I S. 457 Fn. 133

das Interesse des Arbeitnehmers an der Freistellung so groß sein, daß die Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber gebiete, dem Wunsche des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen. Nach Hueck-Nipperdey kommt es also auf das Vorliegen eines besonders großen Interesses an der Freistellung an. Ähnlich äußert sich Natzel¹⁾, der einen "Sonderurlaub" freilich nur dann für gerechtfertigt hält, "wenn das Festhalten an der Arbeitspflicht die Grenze des Zumutbaren überschreiten würde".

Auch Bobrowski-Gaul²⁾ nehmen einen Anspruch auf Freistellung nur bei Unzumutbarkeit der Arbeit an und nennen als Beispiele hierfür den Tod oder eine schwere Krankheit eines nahen Angehörigen des Arbeitnehmers.

Nach Schlessmann kann der Arbeitnehmer nur dann Freistellung beanspruchen, wenn sie eine "unabwendbare Notwendigkeit darstellt und wo die Versagung ein Akt der Willkür wäre"³⁾. Diese strengen Anforderungen sind aber nach Schlessmann schon erfüllt in folgenden Fällen: plötzliche Erkrankung eines unterhaltsbedürftigen Familienangehörigen⁴⁾, Reisen zur Beisetzung von Verwandten (auch in die Ostzone), Umzug, Familienfeste, Aufnahmeprüfungen, Auslandsreisen (Exkursionen), Fachtagungen (auch soweit kein betriebliches Interesse bestehe), Sportwettbewerbe. Einen Freistellungsanspruch verneint Schlessmann dagegen bei "voraussehbaren Situationen wie Erntearbeiten, Weiterführung des Geschäfts der Ehefrau während einer längeren Zeitspanne vor und nach einer Niederkunft, längere Vergnügungsfahrten u.ä.".

Neben diesen z.T. häufiger genannten Fällen werden in der Literatur noch folgende Anlässe erwähnt:

1) BUG § 1 Anm. 13

2) S. 339

3) Arbeitsvertrag, S. 107

4) so auch Gros, Abgrenzung, D II 1 a

Eheschließung¹⁾; silberne und goldene Hochzeit¹⁾; Mutterschutzuntersuchungen von Frauen, die nicht schon nach § 16 MuSchG entsprechende Freizeit verlangen können²⁾; Niederkunft der Ehefrau³⁾⁴⁾; ansteckende Krankheiten im Haushalt des Arbeitnehmers, wenn der Arzt das Fernbleiben von der Arbeit für erforderlich hält⁵⁾; Naturkatastrophen, Feuer- und Hochwassergefahr⁵⁾; Besuch der kranken Eltern in der Ostzone, wenn die Reise während der Betriebsferien nicht möglich war, weil die rechtzeitig beantragte Einreisegenehmigung zunächst versagt worden war⁶⁾; Ablegung von beruflichen Prüfungen⁵⁾ und Teilnahme an Lehrgängen und Studienfahrten, soweit sie im betrieblichen Interesse liegen⁷⁾; Vorbereitung auf ein unmittelbar bevorstehendes Examen an einer Abendschule oder einer Akademie⁸⁾.

Dagegen ergibt sich nach allgemeiner Ansicht⁹⁾ aus der Fürsorgepflicht nach geltendem Recht für den Arbeitnehmer kein Anspruch auf die Gewährung von sog. Bildungsurlaub.

Diese Übersicht über Rechtsprechung und Literatur zeigt, daß im Rechtsleben ein aus der Fürsorgepflicht folgender Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung nicht bei jedweden Interesse an der Arbeitsbefreiung angenommen wird, geschweige denn, wenn der Beschäftigte einfach den Wunsch hat, vorübergehend von der Arbeitspflicht entbunden zu werden. Die Fürsorgepflicht will dem Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit einräumen, sich nach Belieben von der ar-

1) Schmelzer, S. 60

2) Bulla-Hackbeil, § 16 Anm. 50, Zmarzlik, AuR 65, 301, Schmatz-Zmarzlik, § 16 Anm. 1, Kuntzmann-Auert, § 15 Anm. 1; a.A. Meisel-Hiersemann, § 15 Anm. 3

3) Gros, Abgrenzung, D II 1 a

4) Maus, Urlaubsrecht, Anm. 20

5) Schmelzer, S. 62

6) Menten, S. 37

7) Schmelzer, S. 62, Menten, S. 44

8) Menten, S. 43

9) vgl. Grossmann, AuR 63, 257, Marienhagen, BB 65, 1272, Müller, Arbeitgeber 62, 618 ff., Stahlhacke, § 1 Anm. 21

beitsvertraglichen Verpflichtung zur Leistung der versprochenen Dienste (§ 611 BGB) befreien zu lassen.

Ein Freistellungsanspruch wird vielmehr allgemein nur ausnahmsweise zugestanden, wenn sich der Arbeitnehmer in einer Konfliktslage befindet, in welcher er bei einem Festhalten an der Arbeitspflicht Nachteile nicht unerheblicher Art zu erfahren droht. Der Beschäftigte muß zur Wahrung schutzbedürftiger und auch schutzwürdiger Interessen auf die Freizeitgewährung durch den Arbeitgeber angewiesen sein¹⁾. Nur solche Lebenssachverhalte vermögen einen Freistellungsanspruch zu vermitteln, bei welchen ein dringendes Bedürfnis nach der Entbindung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht anzuerkennen ist.

Wann ein wichtiger Grund für eine Freistellung vorhanden ist, bestimmt sich nicht subjektiv aus der Sicht des betroffenen Arbeitnehmers, sondern nach objektiven Maßstäben entsprechend der jeweiligen Verkehrsanschauung. Welche Interessen des Arbeitnehmers im heutigen Rechtsleben als so schutzbedürftig und schutzwürdig angesehen werden, daß ihre Gefährdung einen wichtigen Freistellungsgrund bildet, geht aus dem vorangestellten Überblick hervor. Danach kann ein Freistellungsbegehren u.a. begründet sein zum Schutze der Gesundheit des Arbeitnehmers (z.B. zur Konsultation eines Arztes, zur Durchführung einer ärztlich verordneten Schonzeit), im Interesse der Familie (z.B. zur Pflege eines erkrankten Familienangehörigen, anlässlich der Niederkunft der Ehefrau, bei Familienfesten, zur Durchführung von Verwandtenbesuchen in der Ostzone), aus sittlichen Gründen (z.B. bei einem Todesfall in der

1) Durch die Verkehrsanschauung wird die Fürsorgepflicht auch im übrigen stets nur zu solchen Einzelpflichten des Arbeitgebers konkretisiert, die Maßnahmen beinhalten, auf die der Arbeitnehmer zu seinem Schutz angewiesen ist, vgl. Nikisch, I S. 483.

Familie) oder aus bestimmten persönlichen Gründen (z.B. Aussuchen eines Anwaltes, Durchführung eines Umzugs, Erledigung dringender geschäftlicher Angelegenheiten, Fahrprüfung). Auch das Fortbildungsinteresse wird grundsätzlich als schutzwürdig anerkannt, allerdings nur, wenn es in Zusammenhang steht mit dem Berufsleben (z.B. Schulungskurse für Arbeits- und Sozialrichter, Fachtagungen, Aufnahmeprüfungen, Teilnahme an Lehrgängen und Studienfahrten).

Ein Freistellungsanspruch folgt aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach heutiger Verkehrsanschauung dagegen nicht, wenn dem Interesse des Arbeitnehmers bei objektiver Betrachtung nur geringe Bedeutung beikommt. Keinen Rechtsanspruch auf Freistellung von der Arbeit begründet beispielsweise der Wunsch des Arbeitnehmers, an sportlichen Veranstaltungen aktiv oder als Zuschauer teilzunehmen. Hierhin gehören auch Ausflüge, Vergnügungsfahrten, Vereinsfeste, Fernsehübertragungen und Theaterbesuche. Bei Ereignissen dieser Art ist der Arbeitnehmer auf die Freizeitgewährung nicht dringend "angewiesen". Ebensowenig reicht das Freizeitbedürfnis aus, wenn die an sich wichtige Angelegenheit auch außerhalb der Arbeitszeit erledigt werden kann, z.B. Arztbesuche oder Fahrstunden. Hier ist dem Arbeitnehmer die Inanspruchnahme seiner normalen Freizeit zuzumuten. In vielen Fällen wird die Erledigung auch durch einen Stellvertreter oder auf schriftlichem Wege möglich sein¹⁾.

Das erforderliche Freistellungsbedürfnis fehlt auch dann, wenn das den Arbeitnehmer in Anspruch nehmende Ereignis in einem Zeitpunkt eintritt, in welchem ohnehin keine Arbeitspflicht besteht, z.B. während des Erholungs-

1) Höhne, BB 54, 1065

urlaubs. Das gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer auf Grund einer Einrede zur Arbeitsverweigerung berechtigt ist.

Unrichtig ist es, wenn teilweise¹⁾ davon gesprochen wird, ein Freistellungsanspruch bestehe (nur), wenn dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar sei. - Liegen die - freilich sehr engen²⁾ - Voraussetzungen der Unzumutbarkeit vor, so bedarf es keiner Freistellung durch den Arbeitgeber, da die Arbeitspflicht dann bereits ipso iure entfällt³⁾.

bb) Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers

Berücksichtigt man, daß eine Freistellung insbesondere bei längerer Dauer oder bei kleineren Betrieben zu einer erheblichen Beeinträchtigung des normalen Betriebsablaufes führen kann, so wird man erkennen, daß die Frage nach einem Rechtsanspruch auf Freistellung nicht ohne Rücksicht auf die betrieblichen Belange und die Interessen des Arbeitgebers entschieden werden darf. Auch hier muß vielmehr ein gerechter und billiger Ausgleich der beiderseitigen Interessen erfolgen.

Inwieweit die Interessen des Arbeitgebers mitzuberücksichtigen sind, hängt wiederum von der jeweiligen Verkehrsanschauung ab. Im folgenden soll untersucht werden, welche Anschauungen diesbezüglich das heutige Rechtsleben beherrschen.

1) so etwa Bobrowski-Gaul, S. 340, Höhne, BB 54, 1065, Natzel, BÜG § 1 Anm. 13, Walter, BB 56, 78

2) vgl. dazu die Ausführungen nachfolgend unter cc) (S. 68 ff.)

3) vgl. S. 10 f.

In einer Entscheidung vom 6.3.51¹⁾ führt das LAG Kiel zur Frage eines Anspruches auf unbezahlte Freizeit zur Fortbildung aus, eine Verpflichtung zur Gewährung solcher Freizeit könne keinesfalls dann bestehen, wenn sie mit den betrieblichen Interessen nicht vereinbar sei. Eine solche Unvereinbarkeit wurde vom LAG angenommen, weil der Arbeitnehmer, der an einer gewerkschaftlichen Schulung teilnehmen wollte, wegen vorweihnachtlicher Terminarbeiten nicht entbehrt werden konnte. Wenn ein Unternehmen eine saison- oder terminbedingte Produktion betreibe, so könne man ihm nicht zumuten, gerade in den Zeitpunkten Mitgliedern der Belegschaft Urlaub zu geben, und sei es auch unbezahlten, in denen die Arbeit am meisten dränge. Auch sei es dem Arbeitgeber nicht zumutbar, diese Arbeit durch von den Belegschaftsmitgliedern gestellte Ersatzmänner vornehmen zu lassen.

In ähnlicher Weise wurde es vom ArbG Hildesheim²⁾ als "gerechtfertigter Grund" zur Versagung eines Freistellungsanspruches angesehen, daß das Wegbleiben des Arbeitnehmers nach Ansicht des Fachvorgesetzten im Hinblick auf dringende Arbeiten für die Aufträge zur Messe in Hannover nicht vertreten werden konnte.

Das LAG Freiburg führte in der bereits erwähnten Entscheidung vom 31.3.55³⁾, betreffend die Teilnahme eines Arbeitnehmers an einem gewerkschaftlichen Schulungskurs für Arbeitsrichter, aus, die begehrte Freistellung dürfe nur verweigert werden, wenn dem Arbeitgeber unter den gegebenen Umständen bei Abwägung der beiderseitigen Belange eine Freistellung des Arbeitnehmers nicht zuzumuten sei. Im Hinblick auf das öffentliche Interesse an dem zweitä-

1) BB 51, 333

2) ARSt 56, Nr. 152

3) BB 56, 77 f.

gigen Kurs sei der Arbeitgeber nur bei Vorliegen zwingender betrieblicher Erfordernisse zur Urlaubsversagung berechtigt.

Die ArbG Bremen¹⁾, Pirmasens²⁾ und Berlin³⁾ machen die Entscheidung von einer Interessenabwägung abhängig, und zwar des Freistellungsinteresses des Arbeitnehmers einerseits, der betrieblichen Interessen an der Erbringung der Arbeitsleistung andererseits.

Schließlich sei noch die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg, Kammer Stuttgart, vom 4.6.64⁴⁾ erwähnt, in der einem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Freistellung zum Arztbesuch nur zugestanden wird, "falls dem nicht ganz dringende Bedürfnisse des Betriebs nach der Arbeitskraft des Arbeitnehmers entgegenstehen"⁵⁾.

Nach Trabandt⁶⁾ richtet sich die Frage, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf Verlangen freistellen muß, nach den Bedürfnissen und Interessen des Betriebs und des Arbeitnehmers, die gegeneinander abzuwägen seien⁷⁾.

Höhne⁸⁾, der einen Anspruch auf "Sonderurlaub" grundsätzlich bejaht, wenn der Arbeitnehmer für die Arbeitsbefreiung einen wichtigen Grund hat, nimmt eine Einschränkung aus § 242 BGB an für den Fall, daß der Arbeitgeber seinerseits einen wichtigen Grund zur Verweigerung hat. Als Beispiele nennt Höhne Anträge von Arbeitnehmern, die Schlüsselstellungen innehaben, Terminaufträge erledigen müssen oder bei denen sonst die Arbeitsleistung mit ihrer

1) BB 56, 528 (15.12.55)

2) ARSt 60, Nr. 11 (16.12.59)

3) EntKal. 65, 321 (25.1.65)

4) Betr. 64, 996

5) entsprechend LAG Berlin EntKal. 66, 577 (28.6.66)
betr. Freistellung zum Verwandtenbesuch in Ostberlin

6) BB 52, 863

7) entspr. Rothe, Betr. 55, 666 Fn. 1, Walter, BB 56, 78

8) BB 54, 1065

Person stehe oder falle, wie z.B. oft bei einzigen Arbeitnehmern. Hier müsse der Arbeitnehmer die versprochene Arbeitsleistung erbringen und sein Interesse hinter dem Werks- oder Betriebsinteresse zurücktreten. Im Einzelfall komme alles auf eine sorgfältige Abwägung der beiderseitigen Interessen an.

In seiner Anmerkung zum Urteil des LAG Freiburg vom 31.3.55¹⁾ erkennt Frey²⁾ als "hemmendes Gegengewicht" zu dem dort gewährten Freistellungsanspruch nur "Unzumutbarkeit der Freistellung, also wichtige Gründe entsprechend denen bei fristloser Entlassung" an.

Nach Weidner³⁾ darf durch die Freistellung für den Arbeitgeber keine "unzumutbare Belastung" entstehen.

Hueck-Nipperdey⁴⁾ machen die Einschränkung, daß nicht "schwerwiegende Interessen des Betriebs dem Wunsch des Arbeitnehmers entgegenstehen" dürften.

Nach Wlotzke-Volze wird der Freistellungsanspruch durch "überwiegende Belange" des Betriebs ausgeschlossen⁵⁾.

Natzel erkennt Freistellungsansprüche nur an, "soweit es die betrieblichen Verhältnisse gestatten"⁶⁾.

Überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers an der Freizeit dasjenige des Arbeitgebers an der Erbringung der Arbeitsleistung, so hält auch Menten einen aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers fließenden Anspruch des Arbeitnehmers auf "Sonderurlaub" für gegeben⁷⁾. Menten hält aber auch ein nur gleichrangiges Interesse des Arbeitneh-

1) BB 56, 77 f.

2) AuR 56, 64

3) Betr.Verf. 56, 112

4) I S. 457

5) § 611 Anm. 180

6) BUG § 1 Anm. 13; ebenso Schmelzer, S. 59

7) S. 36; Menten spricht insoweit von "notwendigem Sonderurlaub", versteht darunter aber nur Fälle, in welchen mehr als drei Tage Freizeit gewährt werden.

mers für ausreichend, wenn die betrieblichen Verhältnisse im Einzelfall eine Freistellung gestatten¹⁾.

Diese Übersicht macht deutlich, daß die Frage nach einem aus der Fürsorgepflicht folgenden Rechtsanspruch auf Freistellung im heutigen Rechtsleben nicht allein nach den jeweiligen Bedürfnissen des Arbeitnehmers entschieden wird. Auch wenn auf seiten des Arbeitnehmers ein wichtiger Grund für eine Arbeitsbefreiung vorliegt, wird allgemein ein entsprechender Rechtsanspruch nur zugestanden, wenn eine Freistellung nicht zur Verletzung elementarer Interessen des Arbeitgebers führt.

Demgegenüber scheint aber keine Einigkeit darüber zu bestehen, wie stark das Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung sein muß, um einen Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes auszuschließen. Zum Teil wird angenommen, jedes schwerwiegende Interesse des Arbeitgebers sei schutzwürdig. Nach dieser Auffassung kommt ein Freistellungsanspruch allenfalls dann in Betracht, wenn keine schwerwiegenden Interessen des Betriebes entgegenstehen²⁾, bzw. wenn eine Freistellung mit den betrieblichen Verhältnissen vereinbar³⁾ und dem Arbeitgeber auch zumutbar ist⁴⁾. - Nach überwiegender Meinung⁵⁾ hängt die Entscheidung jeweils von einer Interessenabwägung ab. Danach besteht ein

1) S. 42; nach Menten handelt es sich in diesem Fall um "nützlichen Sonderurlaub".

2) so Hueck-Nipperdey, I S. 457, ähnlich LAG Bad.-Württ. (Stuttgart) DB 64, 996, LAG Berlin, EntKal. 66, 577, ArbG Hildesheim, ARSt. 56, Nr. 152

3) so LAG Kiel, BB 51, 333, ähnlich Schmelzer, S. 59

4) so Weidner, Betr.Verf. 56, 112, Frey, AuR 56, 64

5) so LAG Freiburg, BB 56, 78, ArbG Bremen, BB 56, 528, ArbG Pirmasens, ARSt 60, Nr. 11, ArbG Berlin, EntKal. 65, 321, Trabandt, BB 52, 863, Höhne, BB 54, 1065, Rothe, Betr. 55, 666 Fn. 1, Walter, BB 56, 78, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 180, Natzel, BUG § 1 Anm. 13

Freistellungsanspruch dann nicht, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung dasjenige des Arbeitnehmers an der Freistellung ausnahmsweise trotz Vorliegens eines "wichtigen Grundes" überwiegt. Diese Ansicht will also nicht sämtliche, wenn auch "schwerwiegenden" Interessen des Arbeitgebers schützen, sondern nur solche, denen im Vergleich mit dem Freistellungsinteresse des Arbeitnehmers höherer Rang zukommt.

Beide Auffassungen führen jedoch praktisch zu gleichen Ergebnissen. Auch bei der zuerst erwähnten Auffassung kann nämlich nur mittels einer Interessenabwägung entschieden werden, wann ein Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitserbringung als "schwerwiegend" anzusehen ist, bzw. wann eine Freistellung dem Arbeitgeber unzumutbar ist.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß nach den heute herrschenden Auffassungen ein Freistellungsanspruch nicht besteht, wenn dem Begehren des Arbeitnehmers so schwerwiegende Interessen des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung entgegenstehen, daß diesen bei einer Abwägung mit dem Freistellungsinteresse der Vorrang beizumessen ist.

Diese Mitberücksichtigung der Arbeitgeberinteressen entspricht den heute herrschenden Anschauungen über das Wesen der Fürsorgepflicht im allgemeinen. Die Fürsorgepflicht darf nämlich nicht so verstanden werden, als zwingen sie den Arbeitgeber, seine persönlichen und unternehmerischen Interessen prinzipiell hinter die des Arbeitnehmers zurückzustellen. Das Maß der dem Arbeitnehmer geschuldeten Fürsorgepflicht richtet sich nicht nur nach den Bedürfnissen dessen, dem sie geschuldet wird, sondern auch nach der Lage des Betriebes. Nur wo den Interessen

des Arbeitnehmers das größere Gewicht zukommt, muß der Arbeitgeber seine eigenen Belange unterordnen¹⁾.

Das Interesse des Arbeitgebers an der Erbringung der Arbeitsleistung wird um so größer sein, je nachteiliger sich eine Freistellung betrieblich auswirken würde.

Von einer erheblichen Beeinträchtigung des betrieblichen Geschäftsablaufs wird man in der Regel nicht sprechen können, wenn die während der Freistellung anfallende Arbeit vorübergehend von anderen Arbeitnehmern miterledigt und so die Einstellung einer Ersatzkraft vermieden werden kann. Dies wird insbesondere bei Freistellungen von nur kurzer Dauer häufig möglich sein.

Aber auch zahlreiche weitere Faktoren beeinflussen das Maß des Interesses, welches der Arbeitgeber an der Erbringung der Arbeit hat. Von Bedeutung sind beispielsweise Art und Größe des Betriebes, Stellung des betreffenden Arbeitnehmers, Arbeitsauslastung der übrigen Beschäftigten, Angebot an Arbeitskräften, Auftragslage, Urlaubsausfälle, Krankenstand.

Mitzuberücksichtigen ist weiterhin, ob der Arbeitgeber im Falle einer Arbeitsbefreiung zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet bliebe²⁾. Stünde dem Arbeitnehmer ein Vergütungsanspruch nicht zu oder verzichtet er auf eine Bezahlung der Fehlzeit, so wird dem Arbeitgeber eine Freistellung meist eher zumutbar sein, als wenn er den Lohn trotz der ausfallenden Arbeit weiterbezahlen müßte.

Die Verschiedenartigkeit der bei Arbeitnehmer und Arbeitgeber in bezug auf das Für und Wider der Freistel-

1) vgl. dazu Sitzler, Fürsorgepflicht I A IV, Maus, Fürsorgepflicht, S. 65 Rnt. 166, Nikisch, I S. 471

2) vgl. dazu IV. Teil 2. Kap. (S. 127 ff.)

lung auftretenden Interessen erfordert bei der vorzunehmenden Abwägung eine sorgfältige Bewertung sämtlicher Umstände des Einzelfalls. Ein Überwiegen der Interessen des Arbeitnehmers wird um so eher anzunehmen sein, je mehr Wert dem Gut, um dessentwillen die Freistellung begehrt wird, rechtsethisch beizumessen ist. Umgekehrt werden die Interessen des Arbeitgebers um so eher als die Überwiegenden anzusehen sein, je einschneidender sich die Freistellung auf den Betrieb auswirken würde. Zusammenfassend läßt sich sagen:

Wird der Betriebsablauf durch die Freistellung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, so wird bei Vorliegen eines wichtigen Freistellungsgrundes das Interesse des Arbeitnehmers an der Freistellung in der Regel dasjenige des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung überwiegen. Hat die Freistellung dagegen wesentliche betriebliche Nachteile zur Folge, so wird auch in Anbetracht des wichtigen Freistellungsgrundes das Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung in der Regel höher zu bewerten sein als dasjenige des Beschäftigten an der Freistellung.

Nach den im heutigen Arbeitsleben herangezogenen Kriterien ist somit aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers nur dann ableitbar, wenn die Freistellung dringend erforderlich ist und eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zugunsten des Beschäftigten ausfällt.

Es handelt sich dabei um kumulative Voraussetzungen. Sind sie nur alternativ erfüllt, so ergibt sich noch kein Freistellungsanspruch:

Ein dringendes Freistellungsbedürfnis allein genügt nicht, wenn der Arbeitsbefreiung höherwertige betriebli-

liche Belange entgegenstehen. Die Zuerkennung eines Freistellungsanspruches würde in diesem Fall den Rahmen der dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorge sprengen. Mit der Geltendmachung seines Freistellungsbegehrens würde umgekehrt hier der Arbeitnehmer gegen seine Treuepflicht verstoßen, welche ihm aufgibt, sich nach besten Kräften für das Wohl des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen des Arbeitgebers und des Betriebes zuwiderläuft¹⁾.

Ebensowenig besteht immer schon dann ein Freistellungsanspruch, wenn die erforderliche Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausfällt. Andernfalls könnte der Arbeitnehmer, wenn etwa infolge Rohstoff- oder Auftragsmangels nur geringes Interesse an seiner Arbeitskraft besteht, aus jedem noch so bedeutungslosen Grunde Befreiung von der Arbeitspflicht verlangen, da ja sein Interesse immer noch dasjenige des Arbeitgebers übersteigt - ein Ergebnis, welches nicht nur der Verkehrsanschauung zuwiderliefe, sondern auch im Widerspruch zur arbeitsvertraglichen Bindung des Arbeitnehmers stünde. Hinzukommen muß vielmehr stets, daß das Freistellungsinteresse des Arbeitnehmers auch für sich allein betrachtet als wichtiger Freistellungsgrund erscheint.

cc) Keine "Unzumutbarkeit" der Arbeitsleistung

Die Untersuchungen unter aa) und bb) haben ergeben, daß im Verkehr aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers Freistellungsansprüche nur unter der Voraussetzung abgeleitet werden, daß der Arbeitnehmer auf die Befreiung von der Arbeit dringend angewiesen ist und das Interesse des Ar-

1) vgl. BGH AP Nr. 1 zu § 611 BGB Treuepflicht, Denecke, Dienstvertrag, Anm. 10 vor § 611

beitgebers an der Arbeitsleistung zurückstehen muß. Dies bedeutet jedoch nicht, daß in solchen Fällen durchweg ein Freistellungsanspruch bestünde. Sind die genannten Kriterien erfüllt, so kann die Arbeitsleistung vom Arbeitnehmer unter Umständen nämlich bereits aus dem Gesichtspunkt der "Unzumutbarkeit" nicht mehr verlangt werden. Greift aber schon diese Rechtserwägung ein, so besteht für eine Freistellung kein Bedürfnis mehr, da - wie bereits dargelegt¹⁾ - bei Unzumutbarkeit die Verpflichtung zur Arbeit *i p s o i u r e* aufgehoben wird. Ein Freistellungsanspruch kann deshalb nur gegeben sein, wenn die Arbeitsleistung trotz dringenden Freizeitbedürfnisses und überwiegenden Interesses des Arbeitnehmers nicht als unzumutbar anzusehen ist.

Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung kann jedoch nur unter engen Voraussetzungen angenommen werden. Ein dringendes Interesse des Arbeitnehmers an der Arbeitsbefreiung genügt allein selbst dann nicht, wenn dahinter das Interesse des Arbeitgebers an der Erfüllung der Arbeitspflicht zurückzutreten hat:

Der Beschäftigte muß vielmehr gegen seinen Willen und ohne eigenes Verschulden, d.h. ohne dies verhindert haben zu können, in eine Situation geraten sein, in der die Erbringung der Arbeitsleistung nur unter Aufopferung oder außergewöhnlicher Gefährdung überwiegender Interessen bzw. unter Verletzung gesetzlicher Pflichten möglich wäre²⁾. In einer solchen unverschuldeten Zwangslage befindet sich der Arbeitnehmer z.B. bei schwerer Erkrankung eines nahen Familienangehörigen, dessen Pflege er zu übernehmen hat,

1) vgl. I. Teil 1. Kap. II (2)(a) (S. 10 f.)

2) vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 132, Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 109, Menten, S. 7, Nikisch, I S. 611 Fn. 8, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 57

weil eine andere Person nicht zur Verfügung steht¹⁾.
Entsprechendes gilt bei Niederkunft der Ehefrau¹⁾²⁾.

Zu nennen ist weiterhin die Heranziehung des Arbeitnehmers zu öffentlichen Pflichten, denen er sich nicht entziehen kann, wie etwa die Ladung als Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht, die Berufung zum Laienrichter oder Beisitzer einer Verwaltungsbehörde. In einer unverschuldeten Zwangslage kann sich ein Arbeitnehmer auch bei Gefahr von Feuer, Hochwasser oder sonstigen Katastrophen befinden³⁾. Auch für einen Arbeitnehmer, dem ein Träger der Sozialversicherung nach §§ 1236, 1237 RVO, 13, 14 AVG eine Kur- oder Heilbehandlung gewährt, ist die Arbeitsleistung während dieser Zeit unzumutbar, da der Nichtantritt der Behandlung die Gefahr eines Rentenverlustes bei späterer Erwerbsunfähigkeit nach sich zieht⁴⁾. Dagegen fehlt es an der die Fälle der Unzumutbarkeit kennzeichnenden Zwangslage, wenn das Freizeitinteresse auf einen freien Entschluß des Arbeitnehmers zurückgeht oder wenn das Bedürfnis nach Freizeit vermeidbar war. Beispiele hierfür bieten Fortbildungskurse, Prüfungen, Umzüge, Studienfahrten, Familienfeste, freiwillige Ehrenämter.

Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung kann ferner nur unter der weiteren Voraussetzung angenommen werden, daß sich der Zeitpunkt, zu welchem der Arbeitnehmer Freizeit benötigt, aus dem jeweiligen Ereignis zwingend ergibt. Nur dann besteht eine akute Zwangslage. Anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen Freizeit zwar gleichfalls dringend benötigt wird, zur Erledigung der der Arbeitspflicht widerstreitenden Angelegenheit jedoch ein

1) vgl. BAGE 18, 133

2) Hueck-Nipperdey, I S. 221, Nikisch, I S. 611

3) vgl. Maus, Lohnzahlung, Anm. 175b

4) vgl. §§ 1243 RVO; BAG AP Nr. 22 zu § 63 HGB (Bl. 4) - AuR 61, 122; Hueck-Nipperdey, I S. 221

größerer Zeitraum zur Verfügung steht. Dies ist etwa der Fall, wenn der Arbeitnehmer einen Arzt zu einer allgemeinen Untersuchung konsultieren oder bei einer Behörde vorstellig werden möchte, wenn dies nur während der Arbeit möglich ist. An einen festen Zeitpunkt ist der Arbeitnehmer auch nicht gebunden, wenn der Termin für sein Vorhaben ohne weiteres verschiebbar ist. Hier steht der Beschäftigte zwar ebenfalls unter gewissem Druck, da die betreffende Angelegenheit besorgt werden muß. Die Zwangslage ist jedoch weniger einschneidend, da ein längerer Zeitraum zur Verfügung steht, innerhalb dessen der Arbeitnehmer "irgendwann einmal" Freizeit benötigt. Ist die Interessen- bzw. Pflichtenkollision solchermaßen nur "latent", ist die Arbeitsleistung nicht unzumutbar.

Befindet sich der Arbeitnehmer in einer Situation, in welcher er ein dringendes, das Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung überwiegendes Bedürfnis nach Arbeitsbefreiung hat, so ist also zu unterscheiden:

Ist das Bedürfnis zeitlich genau bestimmt und wurde es vom Arbeitnehmer nicht bewußt herbeigeführt, so besteht ein Freistellungsanspruch nicht, weil die Arbeitspflicht schon infolge Unzumutbarkeit ihrer Erfüllung erlischt.

Beruhet das Bedürfnis nach Entbindung von der Arbeitspflicht dagegen auf freiem Entschluß des Arbeitnehmers oder besteht es nur latent, so ist die Arbeitsleistung zumutbar; es besteht aber nach heutiger Verkehrsanschauung auf Grund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein Anspruch auf Freistellung von der Arbeit.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß nach den Anschauungen des Arbeitslebens ein Freistellungsanspruch aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ableitbar ist in all den Fällen, in denen die Erfüllung der Arbeitspflicht nur des-

halb nicht unzumutbar ist, weil das Freizeitbedürfnis provoziert wurde oder aber zeitlich nicht ausreichend determiniert ist.

Bedenkt man, daß die Unzumutbarkeit der Arbeit die Arbeitspflicht entfallen läßt, die Freistellung durch den Arbeitgeber aber gleichfalls auf diese Rechtsfolge gerichtet ist, so stellt sich die Frage, ob die Unterscheidung beider Fälle gerechtfertigt ist. Wäre es nicht sinnvoller, den Anwendungsbereich der Unzumutbarkeit zu erweitern und auch in den Freistellungsfällen die Arbeitspflicht ipso iure entfallen zu lassen, statt dem Arbeitnehmer nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Befreiung von der Arbeit zuzubilligen?

Diese Frage ist zu verneinen. Die Rechtsfigur der Unzumutbarkeit läßt sich nicht auf die Fälle der Freistellung ausdehnen. Auch ist es dogmatisch richtig und darüberhinaus auch sinnvoll, bei diesen nur einen **A n - s p r u c h** auf Befreiung von der Arbeit zu geben:

Die Annahme von Unzumutbarkeit in den Fällen, in denen das Freizeitbedürfnis vom Arbeitnehmer provoziert wurde, würde außer acht lassen, daß die Lehre von der Unzumutbarkeit der Leistung Ausfluß des Prinzips von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist. Der Leistungspflichtige soll aus einer unverschuldeten Zwangslage befreit werden, nicht aber soll er die Möglichkeit erhalten, durch bewußtes Herbeiführen von Leistungsschwierigkeiten sich seiner Verpflichtungen zu entledigen¹⁾.

Bei einem nur latenten Freizeitbedürfnis kann Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung nicht angenommen werden, weil ein bestimmter Zeitpunkt zur Erledigung der der Arbeitspflicht widerstreitenden Angelegenheit nicht vorgeschrie-

1) vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 132, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 57, Menten, S. 7

ben ist. Mit der grundsätzlichen Bindung des Arbeitnehmers durch den Arbeitsvertrag läßt es sich auch nicht in Einklang bringen, in diesen Fällen dem Arbeitnehmer die Festlegung des Zeitpunktes zu überlassen, in welchem die Arbeitspflicht entfallen soll.

Daß dem Arbeitnehmer in den hier untersuchten Freistellungsfällen nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Arbeitsbefreiung zustehen kann, folgt aus der Heranziehung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Rechtsgrundlage. Die aus dieser generellen schuldrechtlichen Verpflichtung ableitbaren Einzelpflichten sind wiederum nur obligatorischer Natur.

Die Annahme eines "automatischen" Entfalls der Arbeitspflicht wäre auch nicht zweckmäßig. In den nur von einem latenten Freizeitbedürfnis getragenen Fällen muß dem Arbeitgeber das Recht zustehen, den ihm für eine Freistellung am geeignetsten erscheinenden Zeitpunkt zu bestimmen. In den übrigen Fällen eines Freistellungsanspruches muß dem Arbeitgeber die bei einem ipso-iure-Entfall der Arbeitspflicht kaum gegebene Kontrollmöglichkeit erhalten bleiben.

b) Freistellungsansprüche auf Grund betrieblicher Übung

Wie bereits dargelegt¹⁾, kann sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein Freistellungsanspruch des Arbeitgebers auch auf Grund einer entsprechenden betrieblichen Übung ergeben. Nunmehr soll untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen eine dahingehende Konkretisierung der Fürsorgepflicht eintritt.

1) vgl. Ausführungen unter 2) (S. 47 f.)

(1) Die Entstehung einer Betriebsübung setzt objektiv voraus, daß sich ein bestimmter rechtlich relevanter Vorgang im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit einer gewissen Gleichartigkeit und Regelmäßigkeit im Ablauf des innerbetrieblichen Lebens wiederholt hat¹⁾.

Der Vorgang kann rein tatsächlicher Natur sein; praktisch handelt es sich bei den die Übung bildenden Einzelakten aber meist um Rechtsgeschäfte, so etwa bei der Gewährung von Gratifikationen oder Ruhegeldern²⁾. Auch die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit ist ein Rechtsgeschäft³⁾.

Das Erfordernis der Gleichartigkeit bezieht sich nicht allein auf den jeweiligen Vorgang, sondern gleichzeitig auf sämtliche erheblichen Begleitumstände. Bei Freistellungen sind deshalb stets Anlaß und betriebliche Auswirkungen der Maßnahme mitzuberücksichtigen. An der Gleichartigkeit fehlt es, wenn die Arbeitsbefreiungen aus verschiedenen, erheblich voneinander abweichenden Anlässen gewährt wurden, oder aber aus entsprechenden Anlässen, jedoch bei betrieblichen Nachteilen unterschiedlichen Grades. - Weichen die gewährten Freistellungen in ihren Einzelheiten voneinander ab, etwa in ihrer Dauer, so besteht insoweit keine Gleichartigkeit. Auf eine Regel kann dann nur hinsichtlich des entsprechenden Teiles geschlossen werden, im genannten Beispiel also darauf, daß überhaupt eine Freistellung gewährt wurde⁴⁾.

Die Voraussetzung der regelmäßigen Wiederholung bedeutet, daß die Einzelakte der Übung jedesmal erfolgen müssen, wenn der jeweilige Regelfall vorliegt. Um von einer regelmäßigen Übung sprechen zu können, wird man sovie-

1) Götz Hueck, Betriebsübung, B I 1, Mengel, S. 26 ff.

2) vgl. Seiter, S. 79

3) vgl. unten Teil III 1. Kap. II (1) (S. 102 ff.)

4) vgl. Seiter, S. 81

Wiederholungen verlangen müssen, daß mit Wahrscheinlichkeit die weitere Einhaltung der Regel erwartet werden kann¹⁾. Ein einmaliges Verhalten vermag eine betriebliche Übung nicht zu begründen²⁾; andererseits ist aber nicht erforderlich, daß sich der betreffende Vorgang periodisch wiederholt. Maßgebend ist in erster Linie die Anzahl der gleichartigen Handlungen innerhalb eines angemessenen Zeitraumes, weniger die Länge der Zeit. In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Gratifikation³⁾ läßt sich die Faustregel aufstellen, daß zur Bildung einer betrieblichen Freistellungsübung eine dreimalige Arbeitsbefreiung unter entsprechenden Umständen erforderlich und ausreichend ist.

(2) Betriebliche Übungen können ohne oder gar gegen den Willen des Arbeitgebers keine Verbindlichkeit erlangen⁴⁾. Ist die Betriebsübung Gegenstand einer (ausdrücklichen oder stillschweigenden⁵⁾) Vereinbarung, so ergibt sich dies schon aus den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluß. Aber auch zur Konkretisierung der Fürsorgepflicht ist es erforderlich, daß der Arbeitgeber unmißverständlich seinen Willen zum Ausdruck bringt, die jeweilige Leistung nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig auch in Zukunft zu gewähren, womit er anerkennt, daß diese unter den gegebenen Verhältnissen von seiner Fürsorgepflicht umfaßt wird⁶⁾.

1) Seiter, S. 81

2) vgl. Mengel, S. 18

3) vgl. RAG ARS 32, 236 einerseits, BAG AP Nr. 3, 5, 26 zu § 611 BGB Gratifikation andererseits.

4) RAG ARS 40, 217, Siebert, S. 115, Hueck, Festschrift Lehmann, S. 638, Nikisch, S. 263, Richardi, RdA 60, 403, Götz Hueck, Betriebsübung B I 2a

5) zur Möglichkeit der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 150 ff., Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 339a vor § 611, Heißmann, BB 58, 633 ff., Richardi, RdA 60, 403; BAG AP Nr. 21 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Nr. 30 zu § 242 BGB Gleichbehandlung

6) Nikisch, I S. 263

Einer ausdrücklichen Erklärung des Arbeitgebers bedarf es freilich nicht. Nach den allgemeinen Regeln über Willenserklärungen genügt es für die rechtliche Bindung des Arbeitgebers, wenn sein Verhalten für die Arbeitnehmer nach Treu und Glauben den Schluß auf einen entsprechenden Willen zuläßt¹⁾.

Gewährt ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern soziale Leistungen, auf die zunächst kein rechtlicher Anspruch besteht, so kann aus diesem Verhalten in aller Regel das Vorliegen eines Verpflichtungswillens gefolgert werden. Dies ist jedenfalls so lange möglich, als sich der Arbeitgeber nicht durch einen ausdrücklichen Vorbehalt gegen eine derartige Auslegung seines Verhaltens verwahrt hat, oder aus sonstigen Umständen das Fehlen eines Verpflichtungswillens erkennbar ist²⁾.

Zur Konkretisierung der Fürsorgepflicht durch eine vom Willen des Arbeitgebers getragene Betriebsübung bedarf es nicht der Zustimmung durch die Arbeitnehmer, die nur dann erforderlich ist, wenn die Übung zum Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung gemacht wird³⁾. Hier aber handelt es sich lediglich um die Inhaltsbestimmung der zunächst noch unbestimmten, nichtsdestoweniger aber bereits vorhandenen Pflicht zur Fürsorge⁴⁾. In dieser Funktion der Betriebsübung hängt die Bindungswirkung nicht von der Zustimmung der Arbeitnehmer ab.

Aus dem Gesagten folgt, daß die allgemeine Fürsorgepflicht durch eine im Betrieb eingeführte Freistellungsübung insoweit konkretisiert wird, als diese von einem

1) vgl. Hilger, S. 57 f., Hueck, Festschrift Lehmann, S. 638, Götz Hueck, Betriebsübung, B I 2a, Richardi, RdA 60, 403; BAG AP Nr. 1, 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Nr. 3, 26 zu § 611 BGB Gratifikation

2) vgl. Nikisch, I S. 263/264

3) vgl. Götz Hueck, Betriebsübung B I 3

4) Nikisch, I S. 263

entsprechenden Verpflichtungswillen des Arbeitgebers getragen ist. Auf Grund einer Betriebsübung kann ein Arbeitnehmer sonach vom Arbeitgeber Freistellung verlangen, wenn im gleichen Betrieb in vorangegangenen gleichgelagerten Fällen Arbeitnehmern auf Verlangen regelmäßig Befreiung von der Arbeit erteilt wurde, ohne daß sich aus dem Verhalten des Arbeitgebers das Fehlen eines Bindungswillens ergäbe.

Hat eine betriebliche Übung Rechtsverbindlichkeit durch Konkretisierung der Fürsorgepflicht erlangt, so kommt sie sämtlichen Arbeitnehmern zugute, bei denen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Übung erfüllt sind, auch wenn das Arbeitsverhältnis erst nach Entstehung der Übung eingegangen wurde. Es ist davon auszugehen, daß ein Arbeitgeber, der eine betriebliche Übung als allgemeine Regelung für seinen Betrieb ins Leben gerufen hat, auch neu eintretenden Arbeitnehmern entsprechende Vergünstigungen gewähren will. Die Betriebsübung kann aber nur in derselben Form und mit denselben Beschränkungen für das neue Arbeitsverhältnis Wirksamkeit entfalten, die sie bisher schon gehabt hat¹⁾. Ein neuer Arbeitnehmer kann sich beispielsweise auf eine betriebliche Übung, der zu folge Beschäftigten nach zweijähriger Betriebszugehörigkeit eine mehrwöchige Freistellung zum Zwecke der beruflichen Fortbildung gewährt wird, erst nach Ablauf dieser Wartezeit berufen.

c) Freistellungsansprüche infolge der Gleichbehandlungspflicht

Ergibt sich ein allgemeiner Freistellungsanspruch nicht bereits aus der Verkehrsanschauung oder einer betriebli-

1) Götz Hueck, Betriebsübung B II 1

chen Übung, so kann die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu einem solchen Anspruch des Beschäftigten schließlich durch die dem Arbeitgeber obliegende Gleichbehandlungspflicht konkretisiert werden¹⁾. Diese Ausprägung des Fürsorgegedankens verleiht dem Arbeitnehmer Anspruch darauf, von einer anderen Beschäftigten in der gleichen oder entsprechenden Situation gewährten Freistellung nicht willkürlich ausgeschlossen zu werden.

Dabei ist nicht allein an den Fall zu denken, daß einem einzelnen Arbeitnehmer, der gleichzeitig mit einigen Kollegen um Freistellung nachgesucht hat, im Gegensatz zu diesen die Arbeitsbefreiung ohne sachlichen Grund verweigert wird²⁾. Das Gleichbehandlungsgebot kann vielmehr auch dann eingreifen und einen allgemeinen Freistellungsanspruch vermitteln, wenn ein Arbeitgeber, der - unter Betonung der Freiwilligkeit³⁾ - bisher jedem Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen Freistellung gewährt hat, diese Vergünstigung einem Arbeitnehmer unter Abweichung von seiner bisherigen Gepflogenheit trotz Vorliegens der Voraussetzungen versagt⁴⁾. Bei dieser Fallgestaltung kann der ausgeschlossene Arbeitnehmer allerdings nur dann einen Freistellungsanspruch aus der Gleichbehandlungspflicht ableiten, wenn der Arbeitgeber die bisherige Übung nicht generell abbrechen will. Soll dagegen eine neue generelle Ordnung eingeführt werden, so fehlt der "Ungleichbehandlung" das Merkmal der Willkürlichkeit und Unsachlichkeit⁵⁾; hier besteht kein Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen Freistellungspraxis.

1) vgl. S. 49 f.

2) sog. Gleichbehandlung "in der Reihe", vgl. Bötticher, RdA 53, 161 f.; Siebert, S. 114 Fn. 57 spricht hier von einer "horizontalen" Wirkung.

3) andernfalls schon Anspruch aus Betriebsübung

4) sog. Gleichbehandlung "in der Zeit", vgl. Bötticher, RdA 53, 161 f., Bobrowski-Gaul, S. 358, Hilger, S. 54; Siebert, S. 114 Fn. 57 spricht hier von einer "vertikalen" Wirkung.

5) vgl. Seiter, S. 106/107

III. Gewohnheitsrechtlicher Freistellungsanspruch

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist nicht die einzige denkbare Rechtsgrundlage eines allgemeinen, d.h. nicht besonders geregelten Freistellungsanspruchs des Arbeitnehmers. Ein solcher Anspruch könnte auch gewohnheitsrechtlich begründet sein. Die Literatur steht freilich gewohnheitsrechtlichen Freistellungsansprüchen ablehnend gegenüber, weil der erforderliche Rechtsgeltungswille fehle¹⁾; in der Rechtsprechung tauchte diese Frage bislang nicht auf.

Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte Recht, das durch einen allgemeinen, normalerweise durch längere gleichförmige Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen erzeugt wird²⁾.

Da gewohnheitsrechtliche Normen als Gesetze im Sinne des BGB gelten (Art. 2 EGBGB), kann sich Gewohnheitsrecht auch im Arbeitsrecht als einem Teilgebiet des Bürgerlichen Rechts entwickeln³⁾.

Gewohnheitsrechtliche Ansprüche eines Arbeitnehmers setzen aber keine einheitliche Übung im gesamten Geltungsbereich des BGB voraus. In der Form der Observanz⁴⁾ kann sich selbst im Bereich nur eines Betriebes Gewohnheitsrecht bilden, dessen Geltung dann auf diesen beschränkt

1) Höhne, BB 54, 1065, Menten, S. 30

2) Enneccerus-Nipperdey, S. 261, Lehmann-Hübner, S. 21, Palandt-Danckelmann, Art. 2 EGBGB Anm. 1e, Staudinger-Brändl, Einleitung Rnt. 43

3) vgl. Kaskel-Dersch, § 4 II

4) vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, S. 281, Palandt-Danckelmann, Art. 2 EGBGB Anm. 1f., Soergel-Siebert-Kegel, Art. 2 EGBGB Rnt. 14

ist¹⁾. Die zur Bildung des Gewohnheitsrechts erforderlichen Voraussetzungen brauchen dann nur auf betrieblicher Ebene erfüllt zu sein²⁾. Die Bildung betrieblichen Gewohnheitsrechtes, nach welchem dem Arbeitnehmer in bestimmten Situationen Freistellungsansprüche erwachsen, ist somit grundsätzlich durchaus möglich.

Praktisch scheitert die Bildung betrieblichen Gewohnheitsrechtes im Bereich zusätzlicher sozialer Leistungen des Arbeitgebers jedoch zumeist an den hohen Anforderungen, die an das Merkmal des Rechtsgeltungswillens zu stellen sind. Erforderlich ist nämlich die feste Überzeugung der Gemeinschaft davon, daß das, was üblicherweise geschieht, auch von Rechts wegen geschehen müsse³⁾. Wie das Bundesarbeitsgericht zutreffend ausführt⁴⁾, kann wegen einer jahre- und jahrzehntelangen Übung allein noch nicht mit Sicherheit auf das Vorliegen eines Rechtsgeltungswillens geschlossen werden. Gerade bei für die Belegschaft vorteilhaften Übungen wird leicht auf seiten des Arbeitgebers die Rechtsüberzeugung fehlen, denn vielfach will er gerade aus sozialen und humanen Erwägungen heraus freiwillig leisten⁵⁾. Selbst wenn man in dieser

1) h.L., vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung (in AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation noch offengelassen), Hueck, Festschrift Lehmann, S. 634 Fn. 9, Nikisch, I S. 269, Siebert, BB 55, 871, Sieg, RdA 55, 443 f., Götz Hueck, Betriebsübung A II 1 a, a.A. Frey, AuR 58, 277 f.

2) vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 265

3) Nikisch, I S. 269; der "Rechtsgeltungswille" ist also nicht identisch mit dem für die Verbindlichkeit einer Betriebsübung erforderlichen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers (vgl. II. Teil 1. Kap. II 3 b (2)); daher wird betriebliches Gewohnheitsrecht nicht in jedem Falle durch eine entsprechende betriebliche Übung überlagert.

4) BAG AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

5) Sieg, RdA 55, 444

Übung eine Absicht des Arbeitgebers erblicken kann, sich binden zu wollen, wird die entsprechende Gepflogenheit zu wenig Anhaltspunkte dafür bieten, daß sie als für die Gemeinschaft generell verbindlicher Rechtsatz zu gelten bestimmt ist.

Gewohnheitsrechtliche Freistellungsansprüche sind also zwar theoretisch möglich, praktisch aber kaum von Bedeutung.

2. Kapitel: Zeitliche Bestimmung des allgemeinen Freistellungsanspruchs

Steht dem Arbeitnehmer aus einem der im vorigen Kapitel behandelten Gesichtspunkte ein allgemeiner Rechtsanspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht zu, so stellt sich die weitere Frage nach Zeitpunkt und Umfang der zu beanspruchenden Freizeit. Diese zeitliche Bestimmung ist für beide Partner von gleicher Bedeutung: während der Arbeitnehmer zur Wahrung seiner berechtigten Interessen meist an einer möglichst ausgedehnten Freizeitbemessung interessiert ist, wird der Arbeitgeber den Arbeitsausfall im Regelfalle auf ein Minimum beschränken und deshalb bei der Freizeitgewährung nicht über das Maß des rechtlich Beanspruchbaren hinausgehen wollen.

I. Zeitpunkt der zu beanspruchenden Freizeit

Die Bestimmung des Zeitpunkts, auf den sich der Freizeitanspruch bezieht, macht dort keine Schwierigkeiten, wo sich die Freistellungsberechtigung aus einer betrieblichen Übung oder der Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers ergibt¹⁾. Hier richtet sich der Zeitpunkt allein nach der jeweiligen Gepflogenheit bzw. der den anderen Arbeitnehmern zuteil gewordenen Verfahrensweise des Arbeitgebers. Mitunter wird sich der Beginn der zu beanspruchenden Freizeit auch einer zu dem gerade vorliegenden Fall bestehenden Verkehrsanschauung entnehmen lassen.

Wie bestimmt sich aber der Zeitpunkt, wenn entsprechende Anhaltspunkte nicht zur Verfügung stehen?

1) vgl. dazu S. 73 ff., 77 f.

Während in der Rechtsprechung hierzu noch nicht Stellung genommen wurde, wird in der Literatur das Recht zur Bestimmung des Zeitpunktes grundsätzlich dem Arbeitgeber zugestanden¹⁾. Dabei werden aber teilweise Einschränkungen gemacht, die eine gewisse Bindung des Arbeitgebers erkennen lassen.

Nach Maus²⁾ ergibt es sich aus der Fürsorgepflicht als "selbstverständlich", daß der Arbeitgeber die Bestimmung "unter tunlichster Berücksichtigung des Anlasses und damit der Interessen des Arbeitnehmers zu treffen" habe.

Hueck³⁾ und Natzel⁴⁾ deuten die Möglichkeit von "Ausnahmen aus der Natur der Sache" an, wobei Hueck als Beispiel die Teilnahme an einer Beerdigung nennt. Diese Autoren erkennen dem Arbeitgeber ein Recht zur Festlegung des Zeitpunktes also offenbar nicht zu, wenn das der Freistellung zugrundeliegende Ereignis zeitlich genau bestimmt ist, wie dies etwa bei Beerdigungen der Fall ist.

Höhne⁵⁾ stellt auf den Anlaß ab, Bei einem unverschiebbaren Anlaß müsse der "Urlaub" zu diesem Termin gewährt werden. Ansonsten könne der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Freistellung nach betrieblichen Bedürfnissen bestimmen. Auch dabei seien aber die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers in billiger Weise zu beachten.

Der Zeitpunkt der zu beanspruchenden Freizeit hängt - wie Höhne⁵⁾ andeutet - in der Tat maßgeblich davon ab, ob die Freistellung veranlaßt wird durch einen Umstand, der die Arbeitsbefreiung des Arbeitnehmers lediglich "irgendwann einmal" während einer längeren Zeitspanne ver-

1) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 457/458, Maus, Urlaubsrecht, Rnt. 20, Natzel, BUG § 1 Anm. 14

2) Urlaubsrecht, Rnt. 20

3) Hueck-Nipperdey, I S. 458 Fn. 136

4) BUG § 1 Anm. 14

5) BB 54, 1066

langt, oder durch einen Umstand, der die Freistellung zu einem genau bestimmten, fixen Zeitpunkt erforderlich macht:

(1) Ist das Freizeitbedürfnis nur "latent", so beschränkt sich der Freistellungsanspruch darauf, während des möglichen Gesamtzeitraumes, innerhalb dessen die Angelegenheit erledigt werden kann, zu irgendeinem Zeitpunkt von der Arbeitspflicht befreit zu werden. In diesem Fall steht dem Arbeitgeber das Recht zu, den ihm am geeignetsten erscheinenden Zeitpunkt auszuwählen und zu bestimmen. Der Arbeitnehmer kann hier grundsätzlich nicht verlangen, zu einer von ihm vorgeschlagenen Zeit freigestellt zu werden. Freilich wird man es als Gebot der Fürsorgepflicht anzusehen haben, berechnigte zeitliche Wünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, solange nicht ein anderer Zeitpunkt aus betrieblichen Gründen wesentlich günstiger erscheint.

Der Grund dafür, daß in den Fällen eines nur "latenten" Freizeitbedürfnisses das Recht zur Festlegung des Zeitpunktes dem Arbeitgeber im Rahmen seines allgemeinen Direktions- und Weisungsrechtes vorbehalten bleibt, liegt in der Erwägung, daß der Arbeitgeber durch die ihm auferlegten Fürsorgepflichten nur im geringstmöglichen Maße belastet werden soll. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch einen Vergleich mit denjenigen gesetzlich geregelten Freistellungsansprüchen, bei denen für die Erledigung der betreffenden Angelegenheit gleichfalls ein größerer Zeitraum zur Verfügung steht. So ist etwa im Fall des § 629 BGB¹⁾ allgemein anerkannt, daß die Bestimmung des Freistellungszeitpunktes dem Arbeitgeber obliegt, sofern die Stellensuche nicht gerade eine Arbeitsbefreiung zu einem genau fixierten Zeitpunkt (Vorstellungsbesuch) erfordert²⁾.

1) vgl. dazu S. 27

2) vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann § 629 Bem. 13, Vogt, Betr. 68, 265, Steinwedel, Betr. 64, 1484, Bitzer, BetrR. 67, 95

Der Arbeitgeber muß freilich auch hier auf die Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen und darf sich über berechnigte zeitliche Wünsche nicht willkürlich hinwegsetzen¹⁾.

(2) Macht die dem Freistellungsanspruch zugrundeliegende Angelegenheit dagegen die Abkömmlichkeit des Arbeitnehmers zu einem genau feststehenden Zeitpunkt erforderlich, beispielsweise bei der Teilnahme an Beerdigungen, Fachtagungen oder Prüfungen, so bleibt für eine Zeitwahl durch den Arbeitgeber kein Raum. Hier bezieht sich der Anspruch von vornherein auf den vom Anlaß her feststehenden Zeitpunkt.

Entsprechend steht dem Arbeitgeber bei denjenigen gesetzlichen Freistellungsansprüchen, bei denen die zugrundeliegende Angelegenheit nur zu einer genau bestimmten Zeit vorgenommen werden kann, kein Recht zur Bestimmung des Zeitpunktes zu, beispielsweise im Fall des § 13 I 1 JASchG²⁾ (Berufsschulbesuch).

Die Freistellung kann jeweils für einen so frühen Zeitpunkt beansprucht werden, daß dem Arbeitnehmer ausreichend Gelegenheit bleibt, sich auf den zugrundeliegenden Zweck einzurichten, im Falle einer Beerdigung beispielsweise, sich umzuziehen und an den Ort der Beerdigung zu begeben.

Abgesehen von den Fällen, in welchen sich der Zeitpunkt nach einer betrieblichen Übung bzw. der Behandlung anderer Arbeitnehmer richtet, kann beim allgemeinen Freistellungsanspruch die Freizeit nur für einen Zeitpunkt verlangt werden, in welchem das den Anspruch begründende Freizeitbedürfnis noch besteht. Dem entspricht die Rechtslage auch in den meisten Fällen besonders geregelter obligatorischer Freistellungen. Es gibt jedoch mitunter auch tarifliche oder betriebliche Freistellungsregelungen,

1) vgl. Schlessmann, MuA 60, 179

2) vgl. dazu S. 30

die einen Befreiungsanspruch bei bestimmten Ereignissen auch unabhängig vom Bestehen eines Freizeitbedürfnisses gewähren. Während in diesen Ausnahmefällen lediglich ein "gewisser" zeitlicher Zusammenhang notwendig ist¹⁾, muß beim allgemeinen Freistellungsanspruch grundsätzlich ein ganz unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Zeitpunkt der Freistellung und dem die Arbeitsbefreiung begründenden Anlaß bestehen.

Daraus folgt zunächst, daß ein Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit hat, auf die Geltendmachung eines an sich bestehenden Freistellungsanspruchs zunächst zu verzichten, um dann die Arbeitsbefreiung in einem späteren Zeitpunkt zu verlangen, in welchem das Freizeitbedürfnis bereits fortgefallen ist. Ein solches "Aufsparen" widerspräche dem Sinn und Zweck dieser dem Arbeitnehmer nur aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zustehenden Vergünstigung.

Der Freistellungsanspruch verfällt umgekehrt aber auch, wenn er zwar rechtzeitig geltend gemacht, jedoch vom Arbeitgeber so lange nicht erfüllt wird, bis das zugrundeliegende Ereignis nicht mehr besteht²⁾.

Aus der notwendigen zeitlichen Verknüpfung von Freistellungsbedürfnis und Freistellungszeit folgt weiterhin, daß der Anspruch auf Arbeitsbefreiung nicht bis zum Wiederbeginn der Arbeit erhalten bleibt, wenn das Ereignis, bei welchem unter normalen Umständen Freistellung verlangt werden könnte, zu einer Zeit eintritt, zu der der Arbeit-

1) vgl. BAG Betr. 61, 1230, Betr. 62, 575; das BAG gibt der in diesen Regelungen häufig verwendeten Ausdrucksweise "bei" einem bestimmten Ereignis die Bedeutung "aus Anlaß", vgl. Betr. 61, 1230.

2) In diesem Fall ist der Arbeitnehmer beschränkt auf die im II. Teil 2. Kap. unter II dargestellten Rechte.

nehmer ohnehin nicht zu arbeiten braucht (Wochenende, Urlaub, Betriebsruhe). Für eine solche "Nachholung" der Freistellung spräche allenfalls der Gesichtspunkt, dem Arbeitnehmer müsse die Vergünstigung der Freistellung erhalten bleiben, zumal er zur Erledigung der betreffenden Angelegenheit einen Teil seiner Freizeit habe opfern müssen. Indessen verfolgt der Freistellungsanspruch nicht den Zweck, einen Ausgleich für eingebüßte Freizeit zu schaffen. Einziges Zielstreben des allgemeinen Freistellungsanspruchs kann es auf Grund der Ableitung aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nur sein, einem vorhandenen Freistellungsbedürfnis abzuhelpen. Allein die Tatsache, daß der Arbeitnehmer durch den Eintritt des betreffenden Ereignisses vom Genuß seiner Freizeit abgehalten wurde, vermag ein ausreichendes Freistellungsbedürfnis nicht zu begründen.

II. Umfang der zu beanspruchenden Freizeit

In der Literatur finden sich nur wenige Stellungnahmen zu dieser Frage:

Nach Menten¹⁾ und Höhne²⁾ hat der Arbeitnehmer Anspruch auf "Sonderurlaub" von angemessener Dauer. Menten betrachtet die Freistellungsdauer als angemessen, wenn die dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehende Zeit ausreicht, um dem Zweck und Anlaß gerecht zu werden, welche der Freistellung zugrundeliegen. Menten stellt somit hinsichtlich der "Angemessenheit" allein auf die Belange des Arbeitnehmers ab. Neutraler ist Höhne, der allgemein die "Umstände des Einzelfalls" als maßgebend bezeichnet.

1) S. 51

2) BB 54, 1066

Schmelzer¹⁾, der ähnlich wie Höhne auf die Situation des Einzelfalls abstellt, nennt folgende Beispiele: zwei Tage bei Eheschließung, ein Tag bei Ortsumzug, drei Tage bei Fernumzug.

Hueck, Natzel und Maus²⁾ räumen dem Arbeitgeber grundsätzlich das Bestimmungsrecht auch hinsichtlich der Dauer der zu beanspruchenden Freizeit ein, machen dabei aber dieselben Einschränkungen wie bei der Behandlung des Freistellungszeitpunktes³⁾.

Aus der Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des LAG Baden-Württemberg⁴⁾ hinzuweisen, welche die Befreiung von der Arbeit zwecks Teilnahme an einer Beerdigung betrifft. Hier sei die Freistellung "während der erforderlich werdenden Zeit gerechtfertigt".

Auszugehen ist davon, daß sich die Frage nach dem Umfang der beanspruchbaren Freizeit nach materiellem Recht entscheidet. Mag auch der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechtes die Freistellung kürzer oder länger bemessen können, so ist er bei dieser Festlegung doch an die Einhaltung der rechtlich geforderten Minstdauer gebunden. Deren Ausmaß aber unterliegt selbstverständlich nicht der Einflußnahme des Arbeitgebers.

Ergibt sich der Freistellungsanspruch aus einer Betriebsübung oder der Gleichbehandlungspflicht⁵⁾, so richtet sich der Umfang der zu beanspruchenden Freizeit nach der entsprechenden Praxis.

1) S. 60

2) Hueck-Nipperdey, I S. 457/458, Natzel, BUG § 1 Anm. 14, Maus, Urlaubsrecht, Rnt. 20

3) vgl. oben I. (S. 83)

4) Kammer Stuttgart, ARSt. 64, 182

5) vgl. dazu S. 73 ff., 77 f.

In den übrigen Fällen¹⁾ muß zur Bestimmung der Freistellungsdauer zunächst geprüft werden, auf welchen Zeitraum sich das Bedürfnis nach Befreiung von der Arbeit erstreckt. In entsprechender Weise beschränken auch die meisten der gesetzlich geregelten obligatorischen Freistellungen den Freizeitanspruch auf die "erforderliche"²⁾ bzw. "notwendige" o.ä.³⁾ Zeit, sofern sie keine speziellen Regelungen dieser Frage enthalten⁴⁾. Da im Verkehr der allgemeine Freistellungsanspruch aber des weiteren davon abhängig gemacht wird, daß dem Interesse des Arbeitnehmers an der Freistellung bei einer Abwägung gegenüber den betrieblichen Belangen der Vorrang zukommt, muß zur Bestimmung des Umfangs der zu beanspruchenden freien Zeit fernerhin geprüft werden, innerhalb welchen Zeitraumes die Interessen des Freizustellenden überwiegen. Hat ein Arbeitnehmer beispielsweise Anspruch auf Freistellung in der Zeit vom 1. - 10. eines Monats, erhält der Arbeitgeber jedoch vor Gewährung der Freistellung einen wichtigen Auftrag, mit dessen Ausführung spätestens am 6. d. M. begonnen werden muß und bei der der betreffende Arbeitnehmer unabkömmlich ist, so verkürzt sich der Freistellungsanspruch auf die Zeit vom 1. - 5. d.M.

Der Umfang des Freistellungsanspruchs richtet sich somit - was in der Literatur nicht deutlich genug zum Ausdruck gebracht wird - nicht ausschließlich nach seinem Zweck und Anlaß, sondern muß jeweils unter Mitberücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers bestimmt werden.

-
- 1) d.h. denjenigen, bei denen der Freistellungsanspruch auf der Verkehrsanschauung beruht, vgl. dazu S. 50 ff.
 - 2) so z.B. Art. 48 I GG, §§ 7 I S. 1, 16 S. 1 MuSchG, 37 III BetrVG, 42 III PersVG, 49 S. 1 JASchG, Art. 4 S. 1 Verf.Schl.-Holst., 85 S. 2 Verf. Saarl., 96 I 2 Verf. Rhld.-Pf., 46 II 2 Verf. Nordrh.-Westf., 17 I Verf. Nieders., 29 I Verf. Bad.-Württ.
 - 3) so z.B. Art. 160 S. 1 WRV, § 13 I 1 JASchG
 - 4) Spezielle Regelungen enthalten etwa die Hausarbeitstagsgesetze und die Gesetze über Sonderurlaub für Jugendleiter etc.

3. Kapitel: Abdingbarkeit des allgemeinen Freistellungsanspruchs

Die Freistellung führt zur Befreiung des Beschäftigten von seiner Arbeitspflicht und damit in aller Regel zu einem vorübergehenden Arbeitsausfall. Unabhängig von der eventuell bestehenden Lohnfortzahlungspflicht¹⁾ kann diese Arbeitsunterbrechung, namentlich bei längerer Dauer, für den Arbeitgeber beträchtliche Nachteile und betriebliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Daher wird der Arbeitgeber die Möglichkeit erwägen, die Entstehung allgemeiner Freistellungsansprüche auszuschließen bzw. bereits entstandene Ansprüche aufzuheben, um den Arbeitsablauf, der infolge von Krankheitsfällen und Urlaub ohnehin starken Schwankungen unterliegt, möglichst konstant zu halten. Somit stellt sich die Frage, inwieweit allgemeine Freistellungsansprüche abbedungen werden können.

I. Ausschließbarkeit künftiger Freistellungsansprüche

(1) Die Möglichkeiten des Arbeitgebers, die Entstehung fürsorgerechtlicher Freistellungsansprüche durch einseitige Maßnahmen zu verhindern, sind sehr beschränkt. Er gibt sich der Anspruch aus der Verkehrsanschauung, bestehtgar keine Möglichkeit, da sich der Arbeitgeber nicht einseitig über die vom Rechtsleben an seine Fürsorgepflicht gestellten Anforderungen hinwegsetzen kann. Ebensowenig kann der Arbeitgeber durch einseitige Erklärung einzelnen Arbeitnehmern die Möglichkeit nehmen, Freistellungsansprüche auf Grund einer betrieblichen Übung zu erwerben. Wollte der Arbeitgeber dies erreichen, so müßte er zunächst

1) vgl. dazu S. 127 ff.

die Aufhebung der betreffenden Übung betreiben. Lediglich die Entstehung von Freistellungsansprüchen, die sich aus der Gleichbehandlungspflicht ergeben würden, kann vom Arbeitgeber einseitig dadurch ausgeschlossen werden, daß er von der bisherigen Gepflogenheit endgültig abrückt und eine neue generelle Ordnung einführt¹⁾.

(2) Ein einseitiger Verzicht des Arbeitnehmers auf künftige Freistellungsansprüche ist nicht möglich. Unabhängig davon, ob sich der Anspruch aus der Verkehrsschauung, einer betrieblichen Übung oder der Gleichbehandlungspflicht ergeben würde, steht dem Vorausverzicht die generelle schuldrechtliche Regel entgegen, daß ein einseitiger Verzicht auf obligatorische Rechte unzulässig ist.

(3) Es fragt sich aber, ob die Entstehung allgemeiner Freistellungsansprüche nicht einvernehmlich durch einen Abdingungsvertrag ausgeschlossen werden kann.

In der Literatur findet sich hierzu ein Hinweis nur bei Höhne²⁾, der eine vertragliche Ausschließung für möglich hält.

Berücksichtigt man, daß in vielen Fällen ein allgemeiner Freistellungsanspruch von der Rechtsordnung nur deshalb gewährt wird, weil der Arbeitnehmer ein starkes, die Interessen des Arbeitgebers überwiegendes Freistellungsbedürfnis hat, so muß angezweifelt werden, ob eine vertragliche Ausschließung stets zulässig ist. Eine uneingeschränkte vertragliche Abdingbarkeit könnte hier der Schutzfunktion des allgemeinen Freistellungsanspruchs zuwiderlaufen.

Da der allgemeine Freistellungsanspruch seine rechtliche Grundlage in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers fin-

1) vgl. Seiter, S. 106/107 und oben S. 78

2) BB 54, 1065

det, kommt seine vertragliche Abdingung nur insoweit in Betracht, als dies bei fürsorgerechtlichen Einzelansprüchen generell zulässig ist. Hierüber besteht freilich keine Einigkeit:

Nach Staudinger-Nipperdey-Mohnen¹⁾ sind aus der Fürsorgepflicht abgeleitete Einzelansprüche des Arbeitnehmers stets unabdingbar. Diese Autoren betrachten - was freilich überspitzt sein dürfte²⁾ - die Unabdingbarkeit geradezu als anspruchsbegründendes Kriterium.

Bobrowski-Gaul³⁾ dagegen halten eine vertragliche Modifizierung der Fürsorgepflicht in ihrem Umfang für denkbar und zulässig.

Sitzler⁴⁾ will jeweils auf die Umstände des Einzelfalls abstellen.

Kaskel-Dersch⁵⁾ schließen lediglich eine "wesentliche" Einschränkung der Fürsorgepflicht wegen deren zwingenden Charakters aus. Entsprechend hält Maus⁶⁾ solche einzelnen Fürsorgepflichten für unabdingbar, die nach allgemeiner Überzeugung ihrem Wesen nach zur Fürsorge des Arbeitgebers gehören.

Nach Nikisch⁷⁾ schließlich kann die Fürsorgepflicht insoweit nicht ausgeschlossen werden, als der Arbeitnehmer zur Wahrung seiner schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen auf die Fürsorge des Arbeitgebers unbedingt angewiesen ist.

Richtig dürfte es sein, mit Nikisch auf den Zweck der jeweils vorliegenden konkreten Fürsorgepflicht abzustellen und eine vertragliche Ausschließung insoweit nicht zuzulassen, als der Arbeitnehmer damit den ihm von der

1) Vorbem. 7 vor §§ 617-619 BGB

2) vgl. S. 46 f.

3) S. 289

4) Fürsorgepflicht A II

5) S. 189

6) Fürsorgepflicht Anm. 168

7) I S. 484

Rechtsordnung zugeordneten Schutz seiner berechtigten Interessen preisgeben würde. Entsprechend sind auch die gesetzlich vorgeschriebenen Fürsorgemaßnahmen des Arbeitgebers, soweit sie Schutzcharakter tragen, nicht abdingbar¹⁾. - Will die Maßnahme dagegen dem Arbeitnehmer lediglich bestimmte Vorteile sichern, auf die er aber nicht zu seinem Schutz angewiesen ist, so bedarf es nicht der durch die Unabdingbarkeit vermittelten Sicherung. Hier kann es dem Arbeitnehmer anheimgestellt bleiben, ob er sich durch eine vertragliche Abdingung im Voraus dieser Vorteile begeben möchte.

Daraus folgt hinsichtlich der Ausschließbarkeit des allgemeinen Freistellungsanspruchs:

(a) Allgemeine Freistellungsansprüche sind vertraglich nicht ausschließbar, wenn sie sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf Grund der Verkehrsanschauung ergeben. Wie aus dem Erfordernis des Freistellungsbedürfnisses hervorgeht²⁾, bezwecken diese Freistellungsansprüche nämlich gerade den Schutz des Arbeitnehmers, dessen er sich durch eine einvernehmliche Ausschließung nicht begeben darf. Entsprechend wird auch für diejenigen gesetzlichen Freistellungsansprüche, deren Abdingbarkeit nicht schon im Gesetz selbst ausgeschlossen wird³⁾, eine Abdingung allgemein für unstatthaft gehalten⁴⁾. Dies ergibt sich bei einigen obligatorischen Freistellungen auch aus der gesetzlichen Strafbewehrung⁵⁾.

1) vgl. etwa §§ 619 BGB, 62 IV HGB

2) vgl. S. 52 ff. (58 f.)

3) so aber z.B. § 2 HATG Bremen, § 2 IV HATG Hamburg, § 1 III HATG Niedersachsen

4) für § 629 BGB z.B. von Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 629 Bem. 18, Bitzer, BetrR. 67, 93, Haberkorn, Arbu SozPol. 63, 24, Schlessmann, Arbeitsvertrag, S. 107, Schnorr v. Carolsfeld, S. 276, Wlotzke-Volze, § 629 Anm. 1, ArbG Wilhelmshaven, ARSt. 56, 374; für Art. 160 WRV z.B. von Oertmann, S. 437, Worm, ArbuSozR. 66, 114; für den HAT. in NRW. auch BAGE 3, 243

5) vgl. §§ 7 I 1 i.V.m. 21 I Nr. 2, 16 S. 1 i.V.m. 21 I Nr. 7 MuSchG; 49 S. 1 i.V.m. 68 I Nr. 5 JASchG

(b) Resultiert der allgemeine Freistellungsanspruch dagegen aus einer Betriebsübung oder der Gleichbehandlungspflicht, so ist eine vertragliche Ausschließung zulässig. Der dispositive Charakter ergibt sich hier aus dem Umstand, daß es sich um Vergünstigungen handelt, auf welche der Arbeitnehmer nicht "angewiesen" ist. In beiden Fällen entspringt die rechtliche Leistungsverpflichtung des Arbeitgebers einem an sich freiwilligen Verhalten: während der Arbeitnehmer bei einer betrieblichen Übung in seinem Vertrauen auf die Kontinuität der Leistung geschützt wird, will ihn der Gleichbehandlungsanspruch vor willkürlicher Schlechterbehandlung bewahren. Daher ist insoweit gegen die Möglichkeit eines vertraglichen Ausschlusses nichts einzuwenden.

Freilich wird sich der Arbeitnehmer praktisch wohl kaum dazu bereit finden, auf die allgemein üblichen betrieblichen Vergünstigungen ohne weiteres zu verzichten. Andererseits wird ein Arbeitgeber nur in Ausnahmefällen - z.B. wenn er den betreffenden Arbeitnehmer nicht vollwertig ersetzen kann - einen Betriebsangehörigen von Vergünstigungen ausschließen wollen, deren allgemeine Gewährung auf seinen freien Entschluß zurückgeht.

II. Aufhebbarkeit entstandener Freistellungsansprüche

(1) Keinem Zweifel unterliegt, daß einem Arbeitnehmer, der einen allgemeinen Freistellungsanspruch besitzt, diese Berechtigung nicht einseitig vom Arbeitgeber entzogen werden kann, dessen rechtliche Bindung gerade das Kennzeichen obligatorischer Freistellungen ist.

(2) Ein einseitiger Verzicht des Arbeitnehmers ist auch nach der Entstehung des allgemeinen Freistellungsanspruchs nicht möglich. Freilich ist es angesichts seiner rein privatrechtlichen Natur denkbar, daß der Anspruch nicht erfüllt wird, weil der Arbeitnehmer auf seine Geltendmachung verzichtet. Häufig ist der Anspruch auch an einen bestimmten Zeitraum gebunden, außerhalb dessen ein Freistellungsbedürfnis nicht gegeben ist. Nach Ablauf dieses Zeitraumes muß der Anspruch verfallen, da er seinen Zweck nicht mehr erreichen kann.

(3) Hinsichtlich der Möglichkeit eines vertraglichen Erlasses entstandener Freistellungsansprüche kann auf die Ausführungen zur Frage der einvernehmlichen Ausschließbarkeit künftiger Freistellungsansprüche verwiesen werden¹⁾. Ist ein allgemeiner Freistellungsanspruch unabdingbar, so hat dies zur Folge, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer keinerlei rechtswirksame Vereinbarungen treffen können, durch die der Anspruch wegfällt oder gemindert wird; eine solche Abrede wäre nach § 134 BGB nichtig.

Auch hier gilt somit folgendes:

Ein Erlaß ist zulässig, wenn sich der Anspruch aus einer Betriebsübung oder der Gleichbehandlungspflicht ergibt, nicht aber, wenn die Fürsorgepflicht durch die Verkehrsanschauung entsprechend konkretisiert wurde, da der Arbeitnehmer in diesem Fall mit dem Erlaß seine schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen preisgeben würde.

1) siehe oben I (3) (S. 91 ff.)

Zusammenfassung des zweiten Teils

Ein allgemeiner Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung von der Arbeit kann aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folgen. Dies ist der Fall, wenn die Fürsorgepflicht durch die Verkehrsanschauung, eine Betriebsübung oder das Gleichbehandlungsgebot entsprechend konkretisiert wird.

Nach heutiger Verkehrsanschauung ist ein Freistellungsanspruch aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ableitbar, wenn der Arbeitnehmer zur Wahrung schutzwürdiger Interessen auf die Befreiung von der Arbeit angewiesen ist und eine Abwägung der beiderseitigen Belange zugunsten des Beschäftigten ausfällt, sofern die Arbeitspflicht deshalb nicht schon infolge von Unzumutbarkeit entfällt, weil das Freizeitbedürfnis entweder vom Arbeitnehmer bewußt herbeigeführt wurde oder aber zeitlich nicht ausreichend bestimmt ist.

Auf Grund einer Betriebsübung kann vom Arbeitgeber Freistellung verlangt werden, wenn im gleichen Betrieb in vorangegangenen gleichgelagerten Fällen Arbeitnehmern auf Verlangen regelmäßig Befreiung von der Arbeit erteilt wurde, ohne daß sich aus dem Verhalten des Arbeitgebers ein fehlender Bindungswille ergäbe.

Schließlich fordert die Fürsorgepflicht vom Arbeitgeber die Freistellung eines Arbeitnehmers, wenn dies das Gebot der gleichmäßigen Behandlung aller Beschäftigten verlangt.

Gewohnheitsrechtliche Freistellungsansprüche sind zwar möglich, praktisch aber kaum von Bedeutung.

Folgt der allgemeine Freistellungsanspruch aus betrieblicher Übung oder der Gleichbehandlungspflicht, so richtet sich der Zeitpunkt der zu gewährenden Freizeit nach der

entsprechenden Gepflogenheit. In den übrigen Fällen steht dem Arbeitgeber das Recht der zeitlichen Bestimmung zu, es sei denn, das Freizeitbedürfnis des Arbeitnehmers bezöge sich auf einen genau festliegenden Zeitpunkt. Der Arbeitnehmer hat nicht die Möglichkeit, die Freistellung erst in einem späteren Zeitpunkt in Anspruch zu nehmen, in welchem ein Freizeitbedürfnis nicht mehr besteht.

Auch die Dauer der zu beanspruchenden Freistellung richtet sich gegebenenfalls nach der betrieblichen Gewohnheit, ansonsten aber nach dem Zeitraum, innerhalb dessen die Anspruchsvoraussetzungen mutmaßlich erfüllt sind.

Allgemeine Freistellungsansprüche, die sich aus der Fürsorgepflicht auf Grund der Verkehrsanschauung ergeben, sind nicht abdingbar.

Zulässig, wenngleich nicht gebräuchlich, sind dagegen die vertragliche Ausschließung und der Erlaß der aus einer Betriebsübung bzw. der Gleichbehandlungspflicht folgenden Freistellungsansprüche.

DRITTER TEIL: DAS FREISTELLUNGSVERFAHREN

1. Kapitel: Normaler Verlauf der Freistellung

I. Freistellungsantrag des Arbeitnehmers

(1) Ein Anspruch auf Freistellung berechtigt den Arbeitnehmer nicht, ohne weiteres der Arbeit fernzubleiben. Die Arbeitspflicht entfällt erst, wenn der Arbeitgeber diesen Anspruch durch Gewährung der Freistellung erfüllt. Hueck¹⁾ folgert dies aus dem angeblichen "Recht des Arbeitgebers zur Bestimmung der zeitlichen Lage und des Umfangs der zu gewährenden Freizeit". Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß dieses Recht - soweit es im Einzelfall überhaupt anzuerkennen ist²⁾ - schon voraussetzt, daß die Arbeitspflicht nicht ipso iure erlischt. Wird der Arbeitnehmer nämlich bereits kraft Gesetzes oder auf sonstige Weise ohne die Mitwirkung des Arbeitgebers von der Arbeitspflicht entbunden³⁾, so bleibt für ein Bestimmungsrecht des Arbeitgebers kein Raum. - Der Grund, weswegen die Arbeitspflicht erst wegfällt, wenn der Arbeitgeber die Freistellung gewährt, liegt vielmehr in der obligatorischen Natur der Freistellungsberechtigung.

Der Arbeitgeber muß die Freistellung nur gewähren, wenn der Arbeitnehmer seinen dahingehenden Anspruch geltend macht. Dies hat durch entsprechende Antragstellung zu erfolgen⁴⁾. Aus dem Antrag müssen Zeitpunkt und Umfang der gewünschten Freistellung bzw. der Zeitraum, innerhalb dessen die dem Anspruch zugrundeliegende Angelegenheit erledigt werden kann, hervorgehen.

1) Hueck-Nipperdey, I S. 457/458

2) vgl. dazu II. Teil 2. Kap. (S. 82 ff.)

3) vgl. die im I. Teil 1. Kap. unter II. abgegrenzten Fälle (S. 8 ff.)

4) Höhne, BB 54, 1065, Hueck-Nipperdey, I S. 458, Menten, S. 49

Notwendig ist ferner, daß der Arbeitnehmer seinen Freistellungsantrag begründet. Dem Arbeitgeber sind Anlaß und Zweck der Arbeitsbefreiung sowie alle Umstände, die für eine Entscheidung über den Antrag von Bedeutung sind, mitzuteilen. Leitet der Arbeitnehmer seinen Anspruch aus einer betrieblichen Übung oder der Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers ab, so muß diese Mitteilung die Prüfung ermöglichen, ob eine entsprechende Berechtigung auf Grund gleichgelagerter Fälle besteht. Bei den aus der Verkehrsanschauung folgenden Freistellungsansprüchen muß die Begründung dem Arbeitgeber die Erkenntnis von der Notwendigkeit der Arbeitsbefreiung vermitteln. Es reicht niemals aus, wenn der Arbeitnehmer einfach "Privatangelegenheiten" als Begründung angibt¹⁾.

Soweit es dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar ist, kann der Arbeitgeber von ihm die Beibringung von Unterlagen verlangen, aus denen die Richtigkeit der vom Arbeitnehmer vorgetragenen Tatsachen hervorgeht, beispielsweise ärztliche Atteste, behördliche Bescheinigungen etc.²⁾

Dieser Mitteilungs- und Auskunftspflicht sind alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit, ihr Alter oder ihre Stellung im Betrieb unterworfen. Wie Höhne zutreffend ausführt³⁾, kann nicht anerkannt werden, daß etwa ältere Betriebsangehörige für ihren Freistellungsantrag keine Begründung zu geben hätten, weil sie zu einer gerechten Interessenabwägung selbst in der Lage wären.

Verweigert der Arbeitnehmer eine Begründung seines Antrags, weil er etwa bei einer Offenlegung seiner Absichten mit Unannehmlichkeiten seitens des Arbeitgebers rech-

1) Höhne, S. 1065/1066

2) Menten, S. 50, Höhne, S. 1065

3) S. 1065 unter Hinweis auf eine nicht veröffentlichte Entscheidung des ArbG Rosenheim vom 19.1.49

net, so darf die beantragte Freistellung abgelehnt werden. Hier muß sich der Arbeitnehmer entscheiden, ob er die erwarteten Nachteile in Kauf nehmen oder aber auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichten will¹⁾.

Auf Grund seiner Treuepflicht ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den erforderlichen Freistellungsantrag möglichst frühzeitig zu stellen, damit der Arbeitgeber in die Lage versetzt wird, im Hinblick auf den bevorstehenden Arbeitsausfall zu disponieren. Wird der Anspruch auf Freistellung auf die Verkehrsanschauung gestützt, so empfiehlt sich eine frühzeitige Antragstellung schon im Hinblick auf die dort vorzunehmende Interessenabwägung. Macht der Arbeitnehmer sein Freistellungsbegehren erst kurz vor dem für die Befreiung in Anspruch genommenen Zeitpunkt geltend, so läuft er Gefahr, daß die Interessenabwägung allein wegen dispositiver Schwierigkeiten des Arbeitgebers zu seinen Ungunsten ausfällt.

(2) Das LAG Baden-Württemberg stellte sich in einer Entscheidung vom 10.2.64²⁾ auf den Standpunkt, der Arbeitnehmer dürfe den "Sonderurlaub" bei gerechtfertigtem Bedarf auch ohne vorherige Zustimmung des Arbeitgebers antreten, wenn es ihm den Umständen nach im einzelnen Fall nicht zuzumuten sei, die vorherige Genehmigung einzuholen. Auch in der Literatur wird verschiedentlich eine Beantragung der Freistellung in Eilfällen für entbehrlich gehalten³⁾.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Praktisch wird es nicht häufig vorkommen, daß dem Arbeitnehmer die Einholung der Freistellung unmöglich oder unzumutbar ist.

1) Menten, S. 50, Höhne, S. 1066

2) Kammer Stuttgart, ARSt. 64, 182 LS. III

3) so von Menten, S. 49 und Höhne, S. 1065; entsprechend zu § 629 BGB etwa LAG Berlin AP 1951 Nr. 48 mit zust. Anm. von Hueck, Palme, BlStSozArbR 57, 189, zu § 37 III BetrVG, Hohn, Betr. 63, 624

Allenfalls wäre daran zu denken, daß weder der Arbeitgeber noch ein Vertreter des Arbeitgebers erreichbar sind, bevor die für die Erledigung der betreffenden Angelegenheit zur Verfügung stehende Zeit abläuft. Bleibt in einem solchen Fall der Arbeitnehmer von sich aus der Arbeit fern, so bleibt seine Arbeitspflicht rechtlich nach wie vor bestehen. Der Arbeitnehmer ist auch in Anbetracht der Umstände nicht in der Lage, sich von dieser schuldrechtlichen Verpflichtung selbst zu entbinden. Objektiv stellt das Verhalten des Arbeitnehmers also eine Verletzung der Arbeitspflicht dar. Dem Arbeitgeber ist es freilich auf Grund seiner Fürsorgepflicht und gemäß § 242 BGB verwehrt, aus dieser Verletzung dem Arbeitnehmer nachteilige Konsequenzen zu ziehen, da diesem die Einholung der Genehmigung unmöglich bzw. unzumutbar war. Man wird dem Arbeitnehmer aber die Verpflichtung auferlegen müssen, dem Arbeitgeber so früh wie möglich eine Begründung für sein Fehlen zu kommen zu lassen.

(3) Ebensowenig ist Hueck¹⁾ zu folgen, der die ausdrückliche oder stillschweigende Einräumung eines Selbstbeurlaubungsrechtes für möglich hält. Ein solches treffe bei leitenden Angestellten häufig bis zu einem gewissen Umfang zu und könne sich auch aus der Verkehrsanschauung ergeben.

Zwar ist es zutreffend, daß leitenden Angestellten vielfach das Recht zuzugestehen ist, bei bestimmten Anlässen und zu bestimmten Zwecken der Arbeit fernzubleiben. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um die Ausübung eines "Selbstbeurlaubungsrechtes". Die betreffenden Angestellten sind in diesem Fall nicht "freigestellt"²⁾. Vielmehr

1) Hueck-Nipperdey, I S. 458 Fn. 137

2) im Sinne der im I. Teil 1. Kap. vorgenommenen Begriffsbestimmung, vgl. S. 4 ff. (8 ff.)

entfällt ihre Arbeitspflicht auf Grund der nach der Verkehrsanschauung auszulegenden jeweiligen einzelvertraglichen Vereinbarung ipso iure, d.h., ohne daß es einer Befreiung durch den Arbeitgeber bedarf. Auch dogmatisch erscheint die Konstruktion eines Selbstbeurlaubungsrechtes bedenklich: dem nach § 611 BGB zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichteten Arbeitnehmer kann nicht vom Gläubiger dieser Dienstleistungen das Recht eingeräumt werden, sich von ihnen selbständig zu entbinden. Allenfalls könnte man in dem "Selbstbeurlaubungsrecht" eine Bevollmächtigung des Arbeitnehmers sehen, sich selbst in Vertretung für den Arbeitgeber freizustellen¹⁾, eine Konstruktion freilich, bei der die Freistellung gemäß § 164 I 1 BGB doch wiederum dem Arbeitgeber zuzurechnen wäre.

II. Freistellungsakt des Arbeitgebers

(1) Wie die Erteilung von Erholungsurlaub²⁾, so erfolgt auch die Gewährung der Freistellung durch eine Willenserklärung des Arbeitgebers. Bei dem Anspruch auf Freistellung handelt es sich also um den Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung³⁾.

Fräglich könnte jedoch sein, ob die Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht allein auf Grund dieser Willenserklärung des Arbeitgebers eintritt, also durch einseitiges Rechtsgeschäft, oder ob es vielmehr zur Herbeiführung dieses Erfolges eines Vertrages zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bedarf. Diese Frage

1) Dem steht § 181 BGB nicht entgegen, da es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt.

2) vgl. BAGE 9, 5; 11, 312; Hueck-Nipperdey, I S. 448

Fn. 90, Stahlhacke, § 7 Anm. 3, Natzel, BUG § 7 Anm. 8

3) so schon Nikisch, NZfAR 1928, 136/137

spielt praktisch vor allem dann eine Rolle, wenn die vom Arbeitgeber ausgesprochene Freistellung nicht dem Antrag des Arbeitnehmers entspricht, es also an der für einen Vertrag erforderlichen Einigung fehlt.

In der Literatur wurde die Freistellung früher teilweise¹⁾ - ähnlich wie der Urlaub - als Verzicht des Arbeitgebers auf die ihm zustehenden Dienste des Arbeitnehmers begriffen. Da ein einseitiger Verzicht auf obligatorische Rechte nicht möglich ist, wurde die Wirksamkeit des Verzichts vom Zustandekommen eines Erlaßvertrages nach § 397 BGB abhängig gemacht. Entsprechend verlangt ein Teil der Lehre²⁾ heute zur Freistellung im Fall des § 37 III BetrVG eine vertragliche Einigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Die Deutung der Freistellung als Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung des Beschäftigten ist jedoch unzutreffend, wenn der Arbeitgeber zu ihrer Gewährung rechtlich verpflichtet ist. Bei obligatorischen Freistellungen erfüllt der Arbeitgeber lediglich eine ihm von der Rechtsordnung auferlegte Pflicht. Zu ihrer Vollziehung bedarf es keiner Vereinbarung. Sie erfolgt - wie auch die Erteilung von Erholungsurlaub nach heute einhelliger Ansicht³⁾ - durch einseitiges Rechtsgeschäft.

Einer vertraglichen Vereinbarung bedarf es gemäß § 397 BGB nur, wenn die Freistellung freiwillig gewährt wird, sei es, daß dem Arbeitnehmer überhaupt kein dahingehender Anspruch zusteht, sei es, daß der Arbeitgeber mehr Freizeit bewilligen möchte, als der Freizustellende recht-

1) vgl. Nikisch, NZfAR 1928, 136

2) Dietz, BetrVG § 37 Anm. 15, Maus, BetrVG § 37 Anm. 28, Meisel, DB 62, 1698, Hueck-Nipperdey, II 6. Aufl., S. 727 Fn. 10; a.A. Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 37 Anm. 22, Nikisch, III S. 166, Einert, BetrR 60, 168

3) BAGE 9,5; 11, 312; Hueck-Nipperdey, I S. 448 Fn. 90, Boldt-Röhsler, § 7 Bem. 36, Heußner, Anm. 155, Natzel, BUG § 7 Anm. 8, Stahlhacke, § 7 Anm. 3

lich beanspruchen kann. Hier hat die Freistellung den Charakter eines Verzichts und kann daher nur einvernehmlich erfolgen.

(2) Der Freistellungsakt muß erkennen lassen, auf welchen Zeitraum sich die Befreiung von der Arbeit erstreckt.

Eine besondere zeitliche Bestimmung ist entbehrlich, wenn sich Zeitpunkt und Umfang des Freizeitbedürfnisses aus dem Antrag des Arbeitnehmers und seiner Begründung klar ergeben und der Arbeitgeber hiervon nicht abweichen will.

Ist der Termin der Freistellung dagegen nicht von ihrem Anlaß und Zweck zwingend vorgeschrieben und steht dem Arbeitgeber deshalb grundsätzlich frei, welchen Zeitraum er für die Arbeitsbefreiung wählen möchte¹⁾, erstreckt sich die Verpflichtung des Arbeitgebers auch auf die Festsetzung des Freistellungszeitpunktes und ihrer Dauer. Eine Freistellung "für drei Stunden" wäre wegen Unbestimmtheit ihres Beginns, eine Befreiung "ab 12 Uhr" wegen Unbestimmtheit ihrer Dauer unwirksam²⁾. Selbstverständlich kann der Arbeitgeber in diesen Fällen seiner Pflicht zur Bestimmung der Freistellungszeit auch durch eine besondere vertragliche Absprache mit dem Arbeitnehmer Genüge tun³⁾.

(3) Zur Vornahme der Freistellung bedarf es in der Regel schon wegen der Notwendigkeit einer zeitlichen Bestimmung einer ausdrücklichen Erklärung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer.

1) vgl. II. Teil 2. Kap. (S. 82 ff.)

2) Erforderlichenfalls stehen dem Arbeitnehmer auch hier die im 2. Kap. dargestellten Zwangsmaßnahmen (vgl. S. 107 ff.) zu Gebote, da sein Freistellungsanspruch mangels präziser Zeitbestimmung noch nicht erfüllt wurde.

3) Bobrowski-Gaul, S. 516

In einer Entscheidung vom 28.6.66¹⁾ erblickte das LAG Berlin im Schweigen des Arbeitgebers auf den berechtigten Freistellungsantrag des Arbeitnehmers hin eine Zustimmung des Arbeitgebers. Eine stillschweigende Freistellungserklärung wird man nur annehmen können, wenn das gesamte Verhalten des Arbeitgebers hinreichende Anhaltspunkte für ein Einverständnis des Arbeitgebers bietet und es einer besonderen zeitlichen Bestimmung nicht bedarf.

(4) Vom Zeitpunkt, für welchen auf Grund eines allgemeinen Freistellungsanspruchs Freizeit verlangt werden kann, ist das Fälligwerden des Anspruches zu unterscheiden. Darunter ist der Zeitpunkt zu verstehen, in welchem der Arbeitgeber den Freistellungsakt vorzunehmen hat.

Die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs richtet sich gemäß § 271 I BGB - eine Zeit für die Erfüllung des Anspruches ist nicht bestimmt - nach den Umständen des Einzelfalls. Dies bedeutet, daß der Arbeitnehmer in vielen Fällen die Vornahme der Freistellung schon geraume Zeit vor Eintritt der gewährten Freizeit verlangen kann. Der Arbeitgeber hat die Freistellung so frühzeitig zu erteilen und dem Arbeitnehmer mitzuteilen, daß dieser sich den Erfordernissen des Einzelfalls entsprechend auf die bevorstehende Freistellungszeit einrichten und die notwendigen Vorbereitungen treffen kann (Anmeldungen, Zusagen, Quartierbestellung, Reisebuchung etc.).

Andererseits hängt die Fälligkeit des Freistellungsanspruches aber auch vom Zeitpunkt der Antragstellung ab. Da der allgemeine Freistellungsanspruch nur auf Verlan-

1) EntKal. 66, 577

gen des Arbeitnehmers zu erfüllen ist¹⁾, kann der Arbeitgeber zunächst einen entsprechenden Antrag abwarten. Danach wird dem Arbeitgeber in der Regel noch eine gewisse Frist zur Prüfung der Anspruchsberechtigung zugestehen sein, die wiederum je nach den Umständen des Einzelfalles kürzer oder länger sein kann. Auch muß dem Arbeitgeber Gelegenheit verbleiben, die betrieblichen Auswirkungen namentlich einer längeren Freistellung zu bedenken und gegebenenfalls den günstigsten Zeitraum zu ermitteln.

1) Der allgemeine Freistellungsanspruch gehört also zu den sogenannten "verhaltenen Ansprüchen", die erst durch eine besondere Erklärung des Gläubigers in den Zustand der rechtlichen Bedeutsamkeit und Durchsetzbarkeit erhoben werden, vgl. Rother, AcP 1964, 104, Langheineken, S. 101 ff., Staudinger-Werner, § 271 Bem. 17; Planck-Siber, § 271 Anm. 2 sprechen hier von "mahnungsfälligen" Ansprüchen. - Im Gegensatz zum allgemeinen Freistellungsanspruch handelt es sich beim Anspruch auf Erholungsurlaub nicht um einen verhaltenen Anspruch, vgl. Nikisch, I S. 534.

2. Kapitel: Versagung der Freistellung

Einem Freistellungsersuchen wird der Arbeitgeber regelmäßig nur stattgeben, wenn er an der Berechtigung des Arbeitnehmers keinen Zweifel hat. Andernfalls wird er die begehrte Freistellung ganz oder teilweise ablehnen, eine Entscheidung hinausschieben, mitunter auch den Antrag einfach ignorieren.

In all diesen Fällen stellt die Versagung der Freistellung eine Vertragsverletzung des Arbeitgebers dar, sofern dem Arbeitnehmer materiellrechtlich ein Freistellungsanspruch zusteht. Die Ablehnung ist dagegen rechtmäßig, wenn eine Freistellungsberechtigung fehlt. Freilich darf der Arbeitgeber auch in diesem Fall das Gesuch des Arbeitnehmers nicht ignorieren, sondern er ist verpflichtet, den Antragsteller zu bescheiden und ihm auf Verlangen die Gründe für die Verweigerung mitzuteilen¹⁾. Nur so kann sich der Arbeitnehmer ein Urteil über die Berechtigung der Versagung bilden und entscheiden, ob eine Klage auf Gewährung der Freistellung erfolgversprechend ist oder nicht. Weigert sich der Arbeitgeber, eventuelle betrieblich bedingte Gründe bekanntzugeben, so kommt dem nach zutreffender Auffassung von Walter²⁾ die Bedeutung zu, daß sich der Arbeitgeber nachträglich nicht mehr auf diese seiner Weigerung zugrundeliegenden Umstände berufen kann.

Verweigert der Arbeitgeber die Freistellung zu Unrecht, so fragt sich, welche Zwangsmittel dem Arbeitnehmer zu Gebote stehen und welche materiellrechtlichen Folgen das Verhalten des Arbeitgebers nach sich zieht.

1) LAG Freiburg, BB 56, 78, Menten, S. 50

2) BB 56, 79

I. Erzwingung der Freistellung

1) Anrufung des Arbeitsgerichts

Als bürgerlicher Rechtsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis kann die Freistellung im Falle ihrer Verweigerung oder Verzögerung gemäß § 2 I Nr. 2 ArbGG vor den Arbeitsgerichten geltend gemacht werden.

(1) Für die Möglichkeit einer Klage ist von Bedeutung, ob der allgemeine Freistellungsanspruch bereits fällig ist oder nicht¹⁾.

(a) Vor Fälligkeit des Anspruchs besteht für den Arbeitnehmer die Möglichkeit einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO mit dem Antrag, das Gericht möge feststellen, daß dem Arbeitnehmer ein aurschiebend bedingter Anspruch auf Freistellung zusteht. Die Erhebung einer solchen Klage verlangt jedoch ein rechtliches Interesse an der beanspruchten Feststellung, d.h. ein Bedürfnis nach der geforderten Klärung. Besteht ein solches Feststellungsinteresse nicht, ist die Klage als unzulässig abzuweisen. Im Falle der Freistellung liegt ein Feststellungsbedürfnis beispielsweise vor, wenn der Arbeitgeber das Bestehen des Anspruchs ganz oder teilweise bestreitet.

Ist zu befürchten, daß der Arbeitgeber sich der rechtzeitigen Freistellung entziehen werde, so kann der Arbeitnehmer auch eine Klage auf künftige Gewährung der Freistellung gemäß § 259 ZPO erheben.

Praktisch werden diese Klagarten nach §§ 256, 259 ZPO nicht häufig vorkommen, da sie den Nachweis eines beson-

1) vgl. zur Fälligkeit des Anspruchs S. 105 f.

deren Freistellungsinteresses bzw. der Besorgnis der Nichterfüllung voraussetzen, der vor Eintritt der Fälligkeit oft nicht erbracht werden kann.

(b) Ist der Freistellungsanspruch bereits fällig, so muß hinsichtlich der Klagart unterschieden werden, ob sich der Anspruch auf einen nach Termin und Dauer genau bestimmten Zeitraum bezieht, oder ob lediglich verlangt werden kann, innerhalb eines längeren Zeitabschnittes "irgendwann einmal" ein bestimmtes Maß an Freizeit zu erhalten¹⁾.

Ist der Freistellungsanspruch zeitlich genau determiniert, kann der Arbeitnehmer gegen die seiner Meinung nach zu Unrecht erfolgte Versagung mit einer Leistungsklage vorgehen. Sie ist auf die Verurteilung des Arbeitgebers zur Gewährung der Freistellung für den betreffenden Zeitraum gerichtet. Mit Rechtskraft dieses Urteils gilt die Freistellung gemäß § 894 I 1 ZPO als erteilt, da es sich um die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung handelt²⁾. Der Arbeitnehmer darf während der vorgesehenen Zeit dann ohne weiteres der Arbeit fernbleiben.

Demgegenüber ist in den Fällen, in welchen dem Arbeitgeber bei einem nur "latenten" Freistellungsbedürfnis des Arbeitnehmers das Recht der zeitlichen Festlegung der Freizeit zusteht³⁾, bei verzögerter oder unbilliger Bestimmung Gestaltungsklage⁴⁾ gemäß § 315 III 2 BGB zu erheben. Ihr Petitum geht dahin, daß nunmehr das Gericht die zeitliche Lage der Freistellung bestimmen möge. Der Arbeitgeber hat hier sein Gestaltungsrecht verwirkt. Der

1) vgl. zu dieser Unterscheidung S. 83 ff.

2) vgl. S. 102

3) vgl. II. Teil 2. Kap. I (1) S. 84 ff.

4) Enneccerus-Lehmann, S. 26

gerichtlich festgesetzte Freistellungszeitpunkt ersetzt dann gemäß § 894 ZPO die primär dem Arbeitgeber zustehende Bestimmung.

(2) Trotz des arbeitsgerichtlichen Beschleunigungsgrundsatzes (§ 9 I ArbGG) wird es häufig nicht möglich sein, eine rechtskräftige Entscheidung des Gerichtes bis zu dem vom Arbeitnehmer gewünschten Freistellungstermin im ordentlichen Verfahren zu erwirken. Es fragt sich daher, ob der allgemeine Freistellungsanspruch auch im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935 ff. ZPO durchsetzbar ist.

Das ArbG Berlin hat in einer Entscheidung vom 25.1.65¹⁾ auf Antrag eines Arbeitnehmers, dem zu Unrecht eine Freistellung zur Durchführung eines durch einen Passierschein möglich gewordenen Verwandtenbesuches verweigert worden war, eine entsprechende einstweilige Verfügung erlassen.

In der Literatur wird auf die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung zur Durchsetzung allgemeiner Freistellungsansprüche hingewiesen von Höhne²⁾ und Riedel³⁾. Entsprechende Ausführungen finden sich häufiger bezüglich einzelner besonders geregelter Freistellungsansprüche⁴⁾.

Auch bei dem insoweit gleichgelagerten Fall des Erholungsurlaubes wird die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen unter den Voraussetzungen der §§ 935 ff. ZPO ganz überwiegend bejaht⁵⁾. Dagegen wird von Nikisch⁶⁾ einge-

1) EntKal. 65, 321

2) BB 54, 1066

3) § 19 Anm. 29

4) z.B. für Art. 48 I GG: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 48 Rnt. 5, Sadtler, S. 55; für § 629 BGB: Gros, Handwörterbuch, S. 268, Weimar, BStSozArbR 59, 381, Schnorr v. Carolsfeld, S. 276

5) so von Sieg, RdA 63, 127, Kunze-Farthmann, BB 62, 1167, Gros, Durchsetzung B, Siara, § 7 Anm. 6, Stahlhacke, § 1 Anm. 110, Natzel, BUG § 7 Anm. 40, Heußner, Anm. 338 f., Boldt-Röhsler, § 1 Anm. 100, Borrmann, § 1 Anm. 26

6) I, S. 536

wandt, eine einstweilige Verfügung dürfe nicht zur Befriedigung, sondern nur zur Sicherung des Urlaubsanspruches führen. Von diesem Grundsatz hat jedoch bereits das Reichsgericht¹⁾ Ausnahmen zugelassen, wenn nur durch eine gewisse Vorwegnahme der endgültigen Entscheidung nicht wiedergutzumachender Schaden vermieden werden konnte. Im Hinblick auf diese vom Schrifttum²⁾ weitgehend gebilligte Ausdehnung des Anwendungsbereiches der einstweiligen Verfügung können gegen die grundsätzliche Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen zur Durchsetzung von Urlaubsansprüchen keine Bedenken erhoben werden.

Entsprechend wird man aber einstweilige Verfügungen auch zur Durchsetzung allgemeiner Freistellungsansprüche zulassen müssen, wenn durch ihren Erlaß wesentliche, nicht wiedergutzumachende Nachteile vermeidbar sind. Diese Voraussetzung wird jedoch in der Regel nur bei solchen Freistellungsansprüchen erfüllt sein, die sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aufgrund der Verkehrsanschauung ergeben³⁾, denn nur bei diesen ist der Arbeitnehmer auf die Freistellung angewiesen. Ergeben sich Freistellungsansprüche dagegen aus betrieblicher Übung oder der Gleichbehandlungspflicht⁴⁾, kann die gerichtliche Durchsetzung regelmäßig nur durch Klage erreicht werden, da eine Versagung der Freistellung hier im allgemeinen nicht wesentliche Nachteile verursacht⁵⁾.

Soweit einstweilige Verfügungen hiernach zulässig sind, ist jedoch im Hinblick auf die durch ihren Erlaß eintretende Anspruchsverwirklichung bei der Prüfung ihrer Vor-

1) RGZ 27, 429

2) vgl. Nachweise bei Röhslers D

3) vgl. S. 50 ff.

4) vgl. S. 73 ff., 77 ff.

5) Anders aber, wenn der Arbeitnehmer im Hinblick auf die erwartete Freistellung bereits besondere Vorbereitungen getroffen hat.

aussetzungen, insbesondere aber auch bezüglich ihrer Glaubhaftmachung, ein strenger Maßstab anzulegen.

2) Außergerichtliche Maßnahmen

(1) Angesichts dessen, daß eine Klage meist zu langwierig, eine einstweilige Verfügung dagegen nur in engen Grenzen zulässig ist, fragt es sich, ob der Arbeitnehmer, dem zu Unrecht eine Freistellung verweigert wird, seinen Anspruch nicht einfach dadurch verwirklichen kann, daß er der Arbeit fernbleibt bzw. seinen Arbeitsplatz (unter bloßer Abmeldung) verläßt. Ein solches Vorgehen im Wege der Selbsthilfe scheint sich zumindest dort anzubieten, wo der Termin der Freistellung feststeht.

In diese Richtung tendieren die Urteile des LAG Baden-Württemberg vom 4.6.64¹⁾ und des ArbG Emden vom 8.2.63²⁾. Im erstgenannten Urteil wurde es nicht als wichtiger Kündigungsgrund angesehen, daß sich ein Arbeitnehmer, dem vom Arbeitgeber eine Freistellung für einen Arztbesuch verweigert worden war, eigenmächtig vom Arbeitsplatz entfernt hatte. Das ArbG Emden sah es nicht als "Verletzung der Treuepflicht" an, daß ein Arbeitnehmer, dessen Freistellung für Vorbereitungshandlungen zugunsten eines eigenen Betriebes abgelehnt worden war, der Arbeit fernblieb, ohne daß dem Arbeitgeber hieraus ein Schaden erwuchs.

In Anlehnung an Höhne³⁾ entschied das LAG Freiburg am 31.3.55⁴⁾, daß ein Arbeitnehmer, dem die für eine gewerkschaftliche Arbeitsrichterschulung beantragte Freistellung ohne Angabe von Gründen versagt worden war, "nach gewis-

1) Kammer Stuttgart, Betr. 64, 996

2) ARSt. XXIX, 52

3) BB 54, 1064 ff.

4) BB 56, 77 (78)

senhafter Prüfung und Erkundigung über die Vordringlichkeit seiner Belange" die Freizeit selbst nehmen durfte, da für eine gerichtliche Klärung die Zeit nicht ausgereicht habe. - Dieser Auffassung hat sich Menten angeschlossen¹⁾.

Ein Recht des Arbeitnehmers, den allgemeinen Freistellungsanspruch bei ungerechtfertigter Verweigerung im Wege der Selbsthilfe zu verwirklichen, ist jedoch nicht anzuerkennen²⁾. Selbsthilfe zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche ist nach § 229 BGB nur zulässig, wenn es sich um die Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung einer Sache oder um die Festnahme eines fluchtverdächtigen Verpflichteten handelt. Schon gegenständlich kommt also diese Bestimmung nicht in Frage. Auch die übrigen speziellen Regelungen der Selbsthilfe (§§ 561, 859, 904 BGB u.a.) sind hier nicht anwendbar. Eine analoge Anwendung scheitert schon am Ausnahmecharakter dieser Vorschriften.

Bleibt ein Arbeitnehmer nach Ablehnung seines Freistellungsantrags eigenmächtig der Arbeit fern, so ist er also selbst dann nicht "freigestellt", wenn der Arbeitgeber mit der Weigerung seine Fürsorgepflicht verletzt hat. Die zur Freistellung notwendige Willenserklärung des Arbeitgebers kann nicht einfach durch Wegbleiben von der Arbeit ersetzt werden.

1) S. 51

2) So im Ergebnis mit Recht auch Nikisch, I S. 525 Fn. 31, Natzel, BUG § 1 Anm. 13, Riedel, § 19 Anm. 29. Bei einigen der gesetzlich besonders geregelten Freistellungen ist diese Frage ebenfalls strittig. Im Fall des Art. 48 I GG bejahen ein Recht zur Selbstverwirklichung Schneider, Art. 48 Erl. II 1 a und Sadtler S. 55 gegen Maunz-Dürig-Herzog, Art. 48 Rnt. 5; bei § 629 BGB verneinen das Selbstnahmerecht Schnorr v. Carolsfeld S. 276 und Weimar, BlStSozArbR 59, 381 gegen Haberkorn, ArbSozPol 63, 25, Hueck-Nipperdey, I S. 459, Denecke, § 629, Jaeger, ArbSozR 60, 6, Nikisch, I S. 857 (Auffassung steht in Gegensatz zu S. 525 Fn. 31), Martin, BlStSozArbR 56, 365, Schlessmann, MuA 60, 180.

(2) Steht dem Arbeitnehmer bei einer ungerechtfertigten Verweigerung der Freistellung auch kein Selbsthilferecht zu, so kann er doch durch Zurückbehalten seiner Arbeitsleistung erreichen, daß sein Anspruch vom Arbeitgeber erfüllt wird.

Es handelt sich freilich nicht um eine analoge Anwendung des § 320 BGB, wie in der Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 15.3.67¹⁾ vertreten wird. Die Einrede des nichterfüllten Vertrags kommt nur hinsichtlich der synallagmatischen Hauptleistungspflichten in Betracht²⁾, für den Arbeitnehmer also nur hinsichtlich der Vergütung.

Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers zur Durchsetzung seines Freistellungsanspruchs ergibt sich vielmehr aus § 273 I BGB. Daß dieses besondere Leistungsverweigerungsrecht auch im Bereich des Arbeitsrechts Anwendung finden kann, wird heute nicht mehr bestritten³⁾. Es ist auch anerkannt, daß das Zurückbehaltungsrecht auch zur Erzwingung solcher Leistungen ausgeübt werden kann, auf deren Gewährung nur auf Grund der vom Arbeitgeber geschuldeten Fürsorge Anspruch besteht⁴⁾.

In der Literatur zum besonderen Freistellungsfall des § 629 BGB wird das grundsätzlich anerkannte Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers häufig als Möglichkeit zur Selbstfreistellung gewertet⁵⁾. Dies ist jedoch unzutreffend. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes gibt dem Arbeitnehmer keineswegs die Rechtsstellung, welche ihm bei einer Freistellung durch den Arbeitgeber zukommt.

1) Kammer Köln, Betr. 67, 1228, Entscheidung betrifft den besonderen Freistellungsfall des § 629 BGB.

2) Nipperdey, Arbeiterschutzrecht, S.223

3) vgl. Kirschner, Betr. 61, 842

4) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 397, Nikisch I, S. 486

5) so von Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 629 Bem. 16, Wünnenberg, BB 51, 420, Wlotzke-Volze, § 629 Anm. 5, Hueck-Nipperdey, I S. 459 Fn. 7

Zwar braucht der Arbeitnehmer in beiden Fällen nicht zu arbeiten; ein Zurückbehaltungsrecht gibt ihm aber nur eine Einrede gegen den Anspruch des Arbeitsgebers auf Erbringung der Arbeitsleistung, während eine Freistellung diesen Anspruch zum Erlöschen bringt¹⁾. Durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes soll der Arbeitgeber gerade zur Freistellung gezwungen werden, nicht aber wird letztere dadurch entbehrlich. Insoweit ist die Kritik Weimars²⁾ an der h.L.³⁾ berechtigt, wenn er darauf hinweist, daß der Arbeitnehmer mit der Zurückhaltung seiner Dienste keineswegs eine Freistellung von der Arbeit erreichen könne. Freilich geht er zu weit, wenn er deshalb ein Zurückbehaltungsrecht gänzlich ablehnt und den Arbeitnehmer zur Durchsetzung seines Freistellungsanspruchs auf den Weg einer Klage oder einer einstweiligen Verfügung verweist⁴⁾.

Das Zurückbehaltungsrecht entsteht mit der Fälligkeit des allgemeinen Freistellungsanspruchs, u.U. also schon einige Zeit vor Eintritt des Zeitpunktes, auf den sich der Freizeitanspruch bezieht⁵⁾. Übt der Arbeitnehmer das Zurückbehaltungsrecht aus, so gerät der Arbeitgeber gemäß § 298 BGB in Annahmeverzug und bleibt nach § 615 BGB zur Vergütung verpflichtet, ohne Nachleistung verlangen zu können⁶⁾. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes stellt sich somit für den Arbeitnehmer als sehr günstiges Druck-

1) vgl. S. 7 f.

2) BStSozArbR 59, 381

3) vgl. die auf S. 114 unter 5) Genannten

4) so auch Schnorr v. Carolsfeld, S. 276

5) vgl. S. 105

6) Kirschner, Betr. 61, 845; § 298 BGB ist nicht nur bei gegenseitigen Verträgen in bezug auf die Hauptpflichten anwendbar, sondern bei allen Zug-um-Zug-Leistungen, wie z.B. beim Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 274 BGB, vgl. RGR-Komm. zum BGB § 298 Anm. 1, Staudinger-Werner, § 298 Bem. 3, Soergel-Siebert-Schmidt, § 298, Palandt-Danckelmann, § 298 Anm. 1, 2, Erman-Groepper, § 298.

mittel dar, zumal er auf Grund der ihm zuwachsenden Einrede häufig in der Lage sein wird, dem Zweck und Anlaß seines nicht erfüllten Freistellungsbegehrens dennoch gerecht zu werden.

II. Rechtsfolgen ungerechtfertigter Verweigerung

(1) Eine grundlose Versagung der Freistellung kann den Arbeitnehmer zunächst zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen.

Maßgebend hierfür ist gem. § 626 I BGB, ob dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Ob dies bei einer verweigerten Freistellung zutrifft, läßt sich nur anhand der im jeweiligen Einzelfall bestehenden Gegebenheiten beurteilen.

Man wird jedoch bei denjenigen Freistellungsansprüchen, die sich aus der Verkehrsanschauung ergeben und die ein Angewiesensein des Arbeitnehmers auf die begehrte Freistellung voraussetzen, in der Weigerung des Arbeitgebers regelmäßig eine unzumutbare Fürsorgepflichtverletzung sehen müssen. Auch wo der Gesetzgeber zum Schutze der berechtigten Interessen des Arbeitnehmers einzelne Freistellungsansprüche besonders geregelt hat, beispielsweise im Fall des § 629 BGB, wird dem Arbeitnehmer allgemein ein außerordentliches Kündigungsrecht zugebilligt, wenn der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer begehrte Freistellung grundlos und rechtswidrig verweigert¹⁾.

1) vgl. zu § 629 BGB: Wünnenberg, BB 51, 420, Haberkorn, ArbSozPol 63, 25, Weimar, BStSozArbR 59, 380, Jaeger, ArbSozR 60, 6, Hueck-Nipperdey, I S. 459, Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 629 Bem. 14; zu § 16 S. 1 MuSchG: Bulla-Hackbeil, § 16 Anm. 49; zu § 49 S. 1 JASchG: Natzel, JASchG § 49 Anm. 5

Ergibt sich der Anspruch dagegen lediglich aus einer Betriebsübung oder der Gleichbehandlungspflicht, fehlt also das Merkmal des Angewiesenseins, so wird die Verweigerung der Freistellung im allgemeinen einen wichtigen Kündigungsgrund nur darstellen, wenn in dem Verhalten des Arbeitgebers eine bewußte und für den Arbeitnehmer nicht hinzunehmende Diskriminierung liegt.

Praktisch wird dem Arbeitnehmer meist an einer Kündigung wenig gelegen sein. Macht er jedoch von diesem Recht Gebrauch, so kann er u.U. Schadensersatz nach § 628 II BGB verlangen.

(2) Verletzt ein Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht schuldhaft dadurch, daß er einem Arbeitnehmer zu Unrecht eine beantragte Freistellung versagt, und erleidet der Arbeitnehmer dadurch einen Vermögensschaden, so kommen Schadensersatzansprüche wegen Verzugs, Unmöglichkeit oder positiver Forderungsverletzung in Betracht. Dabei haftet der Arbeitgeber für ein Verschulden seiner Vertreter oder Gehilfen in gleicher Weise wie für eigenes Verschulden (§ 278 S. 1 BGB).

Der Ersatzanspruch kann freilich durch ein mitwirkendes Verschulden des Arbeitnehmers gemindert oder aufgehoben werden (§ 254 BGB). Dieses Verschulden kann vor allem darin liegen, daß der Arbeitnehmer es unterlassen hat, den Arbeitgeber oder dessen Vertreter auf ihm selbst drohende besondere Nachteile im Falle der Nichtfreistellung aufmerksam zu machen.

Praktisch spielen diese Schadensersatzansprüche aber nur eine geringe Bedeutung, da sich ein infolge der verweigerten Freistellung erlittener Vermögensschaden häufig nicht nachweisen lassen wird.

3. Kapitel: Eigenmächtiges Vorgehen des Arbeitnehmers

(1) Setzt der Arbeitnehmer sich in eigenmächtiger Weise über das Erfordernis der Freistellungsbewilligung hinweg - sei es, daß er der Arbeit fernbleibt, ohne überhaupt einen Freistellungsantrag gestellt zu haben, sei es, daß er die Entscheidung des Arbeitgebers nicht abwartet oder eine begründete Ablehnung seines Antrags ignoriert, sei es schließlich, daß er die bewilligte Freizeit überschreitet - so kann dies beträchtliche Nachteile für ihn zur Folge haben.

Wenngleich das Verhalten des Arbeitnehmers nicht als Arbeitsvertragsbruch zu bewerten ist, weil der Beschäftigte die Arbeit nicht endgültig verlassen will¹⁾, handelt es sich gleichwohl um eine rechtswidrige Verletzung der Arbeitspflicht. Der Arbeitgeber kann den ihm entstandenen Schaden, beispielsweise die Kosten für eine notwendige Ersatzkraft, gemäß §§ 280, 286, 325, 326 BGB ersetzt verlangen²⁾. Bei der Berechnung des Schadens ist zu beachten, daß der Arbeitgeber für die Zeit, während der der Arbeitnehmer unberechtigt der Arbeit fernblieb, gemäß §§ 614, 320, 325, 326 BGB keine Vergütung zu bezahlen braucht. Der Schaden vermindert sich um diesen eingesparten Betrag³⁾, so daß in dem oben gebildeten Beispiel kein Schadensersatz verlangt werden kann, wenn die Ersatzkraft den gleichen Lohn wie der abwesende Arbeitnehmer erhielt. Häufig wird sich ein Vermögensschaden auch nicht nachweisen lassen⁴⁾. Die Bestimmung des § 124 b GewO,

1) vgl. LAG Bad.-Württ. (Freiburg), BB 65, 495, Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, § 124 b Rnt. 4, Palme, BlStSozArbR 65, 186 ff.

2) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 142, Wlotzke-Volze, § 611 Anm. 59, Höhne, BB 54, 1067

3) Hueck-Nipperdey, I S. 226, Nikisch, I S. 303, Molitor, Arbeitspflicht, I IV

4) Höhne, BB 54, 1067, Nikisch, I S. 303

nach welcher dem Arbeitgeber bei gewerblichen Arbeitnehmern (§§ 121 und 133 a i.V.m. 133 e GewO) eine Entschädigung auch ohne Nachweis eines konkreten Schadens zustehen kann, ist nicht anwendbar, denn ein nur vorübergehendes unberechtigtes Fernbleiben in der Absicht wiederzukehren stellt noch keinen Fall eines "rechtswidrigen Verlassens der Arbeit" dar¹⁾.

Schließlich setzt der Pfändungsschutz für Arbeitnehmer der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen häufig enge Grenzen, so daß der Möglichkeit des Arbeitgebers, Schadensersatz zu verlangen, insgesamt keine allzu große Bedeutung zukommt.

(2) Bleibt der Arbeitnehmer unbefugt der Arbeit fern, so berührt dies nicht den rechtlichen Bestand der arbeitsvertraglichen Beziehungen. Er bleibt also weiterhin zur Arbeitsleistung verpflichtet.

Der Arbeitgeber kann seinen Anspruch auf Arbeitsleistung mit einer auf Vertragserfüllung gerichteten Klage vor dem Arbeitsgericht geltend machen. Freilich ist eine Verurteilung zur Arbeitsleistung wegen § 888 II ZPO nicht vollstreckbar. Der Wert dieses Urteils liegt für den Arbeitgeber in der Klärung der Rechtslage sowie darin, daß der säumige Arbeitnehmer auf diesem Wege nachdrücklich auf seine Arbeitspflicht hingewiesen wird²⁾. Daneben kann der Arbeitgeber nach § 61 IV ArbGG den Antrag stellen, daß der Arbeitnehmer für den Fall, daß die Arbeit nicht binnen einer bestimmten Frist wiederaufgenommen wird, zur Zahlung einer vom Arbeitsgericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung verurteilt wird.

1) Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, § 124 b Rnt. 4, Hueck-Nipperdey, I S. 224, Höhne, BB 54, 1067

2) LAG Bad.-Württ. (Mannheim) AP Nr. 5 zu § 611 BGB, Anspruch auf Arbeitsleistung, Hueck-Nipperdey, I S. 212

Unter den Voraussetzungen des § 940 ZPO wird man auch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den säumigen Arbeitnehmer für zulässig halten dürfen¹⁾.

(3) Eigenmächtiges Fernbleiben des Arbeitnehmers von der Arbeit kann den Arbeitgeber gem. § 626 BGB zur fristlosen Kündigung berechtigen, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dies wird man in aller Regel bei einem einmaligen und kurzfristigen Fernbleiben von der Arbeit nicht annehmen können. Im Einzelfall kann sich jedoch eine abweichende Beurteilung ergeben, wenn sich der Arbeitnehmer über eine ausdrückliche Ablehnung seines Antrages hinwegsetzt, eine entsprechende Verwarnung mißachtet oder aber, wenn seine Arbeitsleistung für den Betrieb aus besonderen Gründen von hoher Wichtigkeit war, z.B. bei Arbeitskräftemangel.

(4) Verläßt ein Arbeitnehmer die Arbeit, ohne von ihr freigestellt worden zu sein, so stellt sich die weitere Frage, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, den Erholungsurlaub des Arbeitnehmers einseitig, oder doch zumindest durch entsprechende Vereinbarung, um die Zeit zu kürzen, während der der Arbeitnehmer ohne Berechtigung der Arbeit ferngeblieben ist.

1) str.; Zulässigkeit wird bejaht von Hueck-Nipperdey, I S. 212 Fn. 61, Baumbach-Lauterbach, § 888 Anm. 4 B, Gumpert, BB 55, 965, Bobrowski, ArbG 56, 747, Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 151, LAG Frankfurt, Betr. 56, 774, LAG Bremen, AP Nr. 3 zu § 611 BGB, Anspruch auf Arbeitsleistung; ablehnend Diekhoff, AuR 56, 353, Oehmann, Betr. 56, 1061, Savaète, AuR 56, 6, Nikisch, I S. 281, LAG Düsseldorf, BB 58, 82, LAG Mannheim, AP Nr. 5 zu § 611 BGB, Anspruch auf Arbeitsleistung

Es ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen vom Arbeitnehmer verschuldete Fehlzeit auf die Urlaubsdauer angerechnet werden kann. Das Bundesurlaubsgesetz schweigt hierzu.

Gros¹⁾ hält die Anrechnung "grob vorsätzlicher" Arbeitsversaumnis für zulässig, weil sich beim Urlaub das Anrechnungsrecht des Arbeitgebers auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergebe, bei deren Verletzung dem Arbeitgeber die Erfüllung seiner Pflicht zur Urlaubsgewährung nicht zugemutet werden könne. Auch Höhne²⁾ läßt die zwangsweise Anrechnung unberechtigt versäumter Arbeitszeit auf den Erholungsurlaub zu, und zwar "aus dem allgemeinen Grundsatz der gebotenen Vertragstreue heraus".

Herrschend³⁾ wird jedoch eine Urlaubskürzung nur bei sog. Mehrurlaub⁴⁾ für zulässig befunden, d.h. also bei über den gesetzlichen oder tariflichen Mindesturlaub hinausgehendem Urlaub.

Dieser herrschenden Meinung ist zu folgen. Eine Kürzung des Mindesturlaubs verstieße gegen den Grundsatz seiner Unabdingbarkeit⁵⁾. Nur hinsichtlich des den Mindesturlaub übersteigenden Teils besteht die für eine Kürzungsvereinbarung erforderliche Dispositionsfreiheit. Die Anrechnung kann nur bis zur Grenze des Mindesturlaubs erfolgen.

Unzulässig ist aber auch in bezug auf Mehrurlaub eine einseitige Kürzung durch den Arbeitgeber, gleichsam als Sanktion für die verschuldete Arbeitsversaumnis. Der Arbeitgeber kann sich nicht einseitig über die vertragliche Vereinbarung der Urlaubsdauer hinwegsetzen.

1) Freizeitgewährung III 2 g

2) BB 54, 1067

3) vgl. Dersch-Neumann, § 3 Anm. 36, Siara, § 3 Anm. 2, Schelp-Herbst, § 7 Anm. 11, Natzel, BUG § 3 Anm. 11, 19, Borrmann, § 3 Anm. 12

4) vgl. zum Mehrurlaub Boldt-Röhsler, § 1 Anm. 107 ff.

5) vgl. § 13 BUG

Zusammenfassung des dritten Teils

Der Arbeitnehmer hat möglichst frühzeitig einen auf die Gewährung der Freistellung gerichteten und mit Gründen versehenen Antrag zu stellen. Ein Recht zur Selbstfreistellung besteht nicht.

Die Freistellung erfolgt durch einseitige, in der Regel ausdrückliche Willenserklärung des Arbeitgebers, aus der Zeitpunkt und Dauer der Arbeitsbefreiung hervorgehen müssen. Die Freistellung ist bereits bei Fälligkeit des Anspruchs auszusprechen.

Verweigert der Arbeitgeber die Freistellung, so muß er die Gründe dafür angeben. Eine unberechtigte Verweigerung stellt eine Vertragsverletzung dar.

Der Arbeitnehmer kann zur Wahrung seiner Rechte vor dem Arbeitsgericht Klage erheben, und zwar vor Fälligkeit des Anspruchs Feststellungsklage oder Klage nach § 259 ZPO, nach Fälligkeit Leistungsklage, sofern der Zeitraum der Freistellung feststeht, andernfalls Gestaltungsklage nach § 315 BGB. Ausnahmsweise kann auch eine einstweilige Verfügung erwirkt werden.

Eine Selbstfreistellung im Wege der Selbsthilfe ist nicht möglich. Der Arbeitnehmer kann jedoch bis zur Freistellung seine Arbeitsleistung zurückbehalten.

U.U. hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Schadensersatz und ein Recht zur fristlosen Kündigung.

Eigenmächtiges Vorgehen des Arbeitnehmers verpflichtet als Vertragsverletzung u.U. zu Schadensersatz und kann eine fristlose Kündigung nach sich ziehen. Der Arbeitgeber kann auf Erfüllung der Arbeitspflicht klagen. Eine einseitige Urlaubskürzung ist unzulässig; eine entsprechende Vereinbarung ist nur in bezug auf Mehrurlaub möglich.

VIERTER TEIL: RECHTSFOLGEN DER FREISTELLUNG

1. Kapitel: Einfluß auf die Arbeitspflicht

I. Vorübergehendes Ruhen der Arbeitspflicht

Die Freistellung des Arbeitnehmers führt zum vorübergehenden Wegfall seiner Arbeitspflicht. Diese wichtigste Rechtsfolge diente bereits einleitend zur begrifflichen Bestimmung des arbeitsrechtlichen Instituts der Freistellung¹⁾.

Mit Beginn der vorgesehenen Freizeit darf der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verlassen bzw. der Arbeit fernbleiben, ohne daß es noch einer weiteren Befreiung bedürfte. Zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung kann der Arbeitnehmer aber auf Grund seiner Treuepflicht gehalten sein, sich bei Antritt der Freizeit abzumelden, namentlich wenn die Vornahme der Freistellung durch den Arbeitgeber bereits länger zurückliegt.

Das Ruhen der Arbeitspflicht tritt zum vereinbarten bzw. vom Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechtes einseitig bestimmten Termin ein und dauert bis zum festgelegten Endzeitpunkt. Zeitpunkt und Umfang der Arbeitsruhe richten sich nicht nach der zeitlichen Bestimmung des Freistellungsanspruchs²⁾; entscheidend ist vielmehr, inwieweit der Arbeitgeber mit der Gewährung der Freistellung diesen Anspruch des Arbeitnehmers erfüllt hat³⁾.

Enthält der Freistellungsakt keine ausdrückliche Zeitbestimmung, so kann sich der Zeitraum, während dessen die Arbeitspflicht ruht, u.U. aus dem Freistellungsantrag und seiner Begründung ergeben. Die auf die Freistellung ge-

1) vgl. S. 4 ff.

2) vgl. S. 82 ff.

3) vgl. S. 104

richtete Willenserklärung des Arbeitgebers läßt sich dann oft dahingehend auslegen, daß dem Freistellungsantrag des Arbeitnehmers auch in zeitlicher Hinsicht entsprochen werden sollte. Entsprechend entschied das LAG Baden-Württemberg¹⁾ in einem Fall, in welchem ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber anläßlich der Benachrichtigung vom Ableben eines nahen Verwandten sogleich ohne Rückfrage, wann das Begräbnis statfinde, von der Arbeit freigestellt worden war: der Arbeitgeber habe damit "Sonderurlaub" bis zum Begräbnistag einschließlich erteilt, selbst wenn das Begräbnis erst am zweiten oder dritten Tage nach der Benachrichtigung stattgefunden habe.

II. Keine Nachholpflicht

Der allgemeine Freistellungsanspruch bezieht sich auf die völlige Aufhebung der Arbeitspflicht. Die Freistellung führt nicht nur zur Verschiebung der Arbeitsleistung auf eine spätere Zeit. Der Arbeitgeber darf deshalb grundsätzlich nach Ablauf der Freistellungszeit nicht vom Arbeitnehmer die Nachholung der ausgefallenen Arbeit verlangen, wie er auch die Gewährung der Freistellung nicht von der Bedingung abhängig machen kann, daß die Arbeit später nachgeleistet wird²⁾.

Höhne³⁾ will eine Einschränkung machen für den Fall, "daß sich aus dem zu Grunde liegenden Arbeitsverhältnis oder nach Treu und Glauben, z.B. bei Terminaufträgen, et-

1) Kammer Stuttgart, Betr. 66, 1936

2) Höhne, BB 54, 1066; vgl. auch § 7 II 2 MuSchG bzgl. Stillzeit, Bulla-Hackbeil, § 16 Anm. 18 für Mutterschaftsuntersuchung gem. § 16 MuSchG, Oertmann, S. 445 für Art. 160 WRV; a.A. Gröninger bzgl. § 49 JASchG.

3) BB 54, 1066

was anderes ergebe". Dazu ist zu sagen, daß die Nachholpflicht hier - sofern unter den angedeuteten Umständen überhaupt Freistellungsansprüche bestehen - allenfalls aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ableitbar ist, die ihm gebietet, dem Arbeitgeber in besonders dringlichen Ausnahmefällen seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Keinesfalls aber beschränkt sich hier der Freistellungsanspruch auf eine bloße Verschiebung der Arbeit.

Höhne weist ferner auf die Möglichkeit hin, eine Verpflichtung zur Nacharbeit vertraglich zu vereinbaren¹⁾. Eine solche Abrede ist jedoch nur im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitbestimmungen²⁾ zulässig. Für den Arbeitnehmer besteht zwar keine Verpflichtung, Nacharbeit anzubieten oder sich auf eine entsprechende Regelung mit dem Arbeitgeber einzulassen. Vielfach, namentlich in Grenzfällen, wird er sich aber mit einer Nachholung der versäumten Arbeit einverstanden erklären³⁾.

III. Bindungswirkung der Freistellung

An die Befreiung von der Arbeit sind beide Parteien grundsätzlich gebunden, so daß der Arbeitnehmer weder verpflichtet ist, vor Ablauf der Freistellungszeit an den Arbeitsplatz zurückzukehren, noch verlangen kann, vorzeitig wieder beschäftigt zu werden. Von diesem Grundsatz sind aber unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen zu machen.

1) BB 54, 1066

2) vgl. § 4 AZO

3) Eine Vereinbarung, wonach die versäumte Arbeit zu einer späteren Zeit nachzuleisten ist, kann auch für die zur Prüfung eines Freistellungsanspruchs notwendige Interessenabwägung (vgl. S. 60 ff.) von Bedeutung sein. In aller Regel wird dann nämlich dem Arbeitgeber die Freistellung zugemutet werden können.

Ein Widerruf der Freistellung seitens des Arbeitgebers wird in der Literatur bei Eintritt ganz unvorhersehbarer Umstände, welche die Substanz des Unternehmens berühren, für zulässig befunden¹⁾. Aus der Fürsorgepflicht als Rechtsgrundlage des allgemeinen Freistellungsanspruchs folgt, daß der Arbeitgeber dann nicht mehr an die gewährte Freistellung gebunden sein darf. Man wird einen Widerruf der Freistellung allgemein zulassen müssen, wenn sich die Verhältnisse, welche für die Entstehung des Anspruchsmakgebend waren, nachträglich zuungunsten des Arbeitnehmers ändern. Dies kann dadurch geschehen, daß das Freizeitbedürfnis des freigestellten Arbeitnehmers entfällt, beispielsweise wenn eine Prüfung, an der er teilnehmen wollte, angesetzt wird. Es können sich aber auch betrieblich neue Umstände ergeben, welche bei einer neuerlichen Abwägung der beiderseitigen Belange, bei der freilich das vom Arbeitnehmer in den Fortbestand der Freistellung gesetzte Vertrauen zu berücksichtigen ist, nunmehr die Interessen des Arbeitgebers als die überwiegenden erscheinen lassen.

Auch der Arbeitnehmer ist an die Freistellung grundsätzlich gebunden und kann nicht vorzeitige Weiterbeschäftigung beanspruchen. Der Grund hierfür liegt darin, daß der Arbeitgeber möglicherweise im Hinblick auf die zu erwartende Fehlzeit Dispositionen getroffen hat, welche sich nicht ohne weiteres rückgängig machen lassen, etwa die Einstellung einer Aushilfskraft. Einen Anspruch des freigestellten Arbeitnehmers auf vorzeitige Weiterbeschäftigung wird man jedoch aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ableiten können, wenn dies dem Arbeitgeber ohne weiteres möglich und auch zumutbar ist. Ein Festhalten an der Freistellung widerspräche hier dem Charakter des Ar-

1) vgl. Trabandt, BB 52, 863/864, Weidner, Betr.Verf. 56, 112

beitsverhältnisses als einem vom Grundsatz beiderseitiger Treue beherrschten Gemeinschaftsverhältnis.

2. Kapitel: Bedeutung für das Arbeitsentgelt

I. Problem und Meinungsstand

(1) Ist der Arbeitnehmer auf Grund eines allgemeinen Freistellungsanspruchs von der Arbeit befreit worden, so stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber während der Freistellungszeit zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet ist. Anders als beim Erholungsurlaub¹⁾ löst der allgemeine Freistellungsanspruch nicht ohne weiteres auch einen Anspruch auf die Weitergewährung von Lohn oder Gehalt aus. Freistellung von der Arbeit und Fortzahlung des Arbeitsentgelts sind nicht untrennbar miteinander verknüpft²⁾.

Zur Entscheidung der Frage nach dem Arbeitsentgelt können nicht die Normen des BUG herangezogen werden, da der allgemeine Freistellungsanspruch nicht wie der Urlaub die Erholung des Arbeitnehmers bezweckt³⁾. Ein Lohnfortzahlungsanspruch bedarf vielmehr einer besonderen Rechtsgrundlage.

Bei den gesetzlich besonders geregelten Freistellungen ist die Rechtslage verschieden. Während in einigen Fällen ein Lohnfortzahlungsanspruch ausdrücklich ausgeschlossen wird⁴⁾, verbietet der Gesetzgeber in anderen Fällen einen durch die Freistellung eintretenden Entgeltsausfall⁵⁾. Be-

1) vgl. § 1 BUG

2) Natzel, BUG § 1 Anm. 15, Bobrowski-Gaul, S. 339, Höhne, BB 54, 1065

3) vgl. S. 13 f.

4) so z.B. § 2 III FAO und die Landesgesetze über Sonderurlaub für Jugendleiter

5) vgl. §§ 7 II 1, 16 S. 2 MuSchG, 13 III, 49 S. 2 JASchG, 37 II BetrVG, 42 II PersVG, 2 HATG Bremen, 2 I HATG Hamburg, 1 II HATG Niedersachsen, 2 I HATG Nordrh.-Westf., 15 II BerufsausbildungsG Berlin

sondere tarifliche, betriebliche oder einzelvertragliche Freistellungsregelungen enthalten meist ebenfalls Bestimmungen über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts.

Solche besonderen Lohn- und Gehaltsregelungen fehlen naturgemäß beim allgemeinen Freistellungsanspruch, der ja selbst keine Regelung erfahren hat. Die Frage nach der Fortzahlung des Arbeitsentgelts kann hier nur anhand allgemeiner Grundsätze entschieden werden.

(2) In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage, ob für die Freistellungszeit Lohn und Gehalt weiterzuzahlen sind, unterschiedlich beantwortet.

Ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts wird ohne nähere Begründung verneint in Entscheidungen des ArbG Berlin vom 19.2.60¹⁾ und des ArbG Rheine vom 4.8.67²⁾ sowie von Brox³⁾.

Auch Rothe⁴⁾ lehnt einen Vergütungsanspruch grundsätzlich ab, will aber eine Ausnahme machen, wenn der Freigestellte einen Lehrgang besucht, der zugleich auch im Betriebsinteresse liegt.

Nach Grüll⁵⁾ unterliegt die Frage der Gehaltsfortzahlung der freien Vereinbarung der Parteien, soweit nicht für den betreffenden Fall innerhalb des Unternehmens eine feste Regelung bestehe.

Maus⁶⁾ lehnt einen Fortzahlungsanspruch im Fall der Freistellung wegen einer behördlichen Vorladung ab, wenn der Grund der Vorladung in der privaten Lebenshaltung des Arbeitnehmers liegt.

1) EntKal. 60, 313

2) Betr. 67, 1727

3) S. 66

4) Betr. 55, 666 Fn. 2

5) S. 237

6) Lohnzahlung, Bem. 175a

Auch nach Ansicht von Hueck¹⁾ steht dem Freigestellten ein Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes im allgemeinen nicht zu. Hueck stellt diese Fälle der Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung gegenüber, bei denen §§ 616 BGB, 63 HGB und 133 c II GewO eingriffen²⁾. Jedoch bestehe auch bei der Freistellung ein Lohnfortzahlungsanspruch, wenn die Zeit vereinbarungsgemäß auf den Erholungsurlaub angerechnet werde³⁾.

Demgegenüber bejahte das LAG Baden-Württemberg in einem Urteil vom 28.10.66⁴⁾ den Lohnanspruch eines Arbeitnehmers, der vom Arbeitgeber anlässlich des Ablebens eines Angehörigen freigestellt worden war.

Schmelzer bejaht die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers u.a. in folgenden Fällen: Umzug in eine andere Wohnung, Eheschließung, silberne oder goldene Hochzeit, Ablegung von beruflichen Prüfungen und dergleichen, soweit sie im betrieblichen Interesse liegen⁵⁾.

Überwiegend wird der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts - soweit ein solcher bejaht wird - auf die Bestimmung des § 616 I 1 BGB gestützt⁶⁾.

Bobrowski-Gaul⁷⁾ betonen, daß dem freigestellten Arbeitnehmer nicht der Vorwurf gemacht werden dürfe, den Grund für die Arbeitsversäumnis schuldhaft herbeigeführt zu haben.

Nach Höhne⁸⁾ liegen die Voraussetzungen des § 616 BGB in den Fällen eines "Sonderurlaubs" in der Regel vor,

1) Hueck-Nipperdey, I S. 458

2) aaO. Fn. 138

3) so auch Bobrowski-Gaul, S. 340

4) Kammer Stuttgart, Betr. 66, 1936

5) S. 60 u. 62/63

6) vgl. Bobrowski-Gaul, S. 339 u. 340, Höhne, BB 54, 1067, Natzel, BÜG § 1 Anm. 15

7) S. 340

8) BB 54, 1067

nicht jedoch notwendigerweise. Oftmals werde ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung bejaht werden müssen, ohne daß es gerechtfertigt erscheine, dem Arbeitgeber gleichzeitig die Verpflichtung zur Bezahlung der versäumten Arbeitszeit aufzuerlegen. Aus diesem Grunde verneint Höhne die Anwendbarkeit des § 616 BGB, wenn die Freistellung die Bewerkstelligung eines Umzugs oder die Teilnahme an der Beerdigung eines Angehörigen ermöglichen soll.

Steinwedel¹⁾ betrachtet § 616 I 1 BGB als Anspruchsgrundlage nicht nur eines eventuellen Lohnfortzahlungsanspruchs, sondern des Anspruchs auf "Sonderurlaub" schlechthin²⁾.

II. Beschränkter Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts

(1) Trotz seiner personenrechtlichen Elemente ist das Arbeitsverhältnis auf dem wirtschaftlichen Austausch der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gegen die Vergütung des Arbeitgebers aufgebaut³⁾. Arbeitsleistung und Vergütung stehen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer erhält das Entgelt gerade für die geleistete Arbeit⁴⁾. Dies ergibt sich aus § 614 BGB, wonach die Vergütung nach der Leistung der Dienste zu entrichten ist. Grundsätzlich gilt daher die Regel: Ohne Arbeit kein Lohn⁵⁾. Danach stünde dem Arbeitnehmer ein Vergütungs-

1) Betr. 64, 1481 ff.

2) dagegen vgl. S. 31 f.

3) BAG Betr. 63, 1121

4) h.M., vgl. BAG AP Nr. 21 zu § 616 (Bl. 6R.), Hueck-Nipperdey, I S. 324, Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Bem. 249; abw. Nikisch, I S. 325, der das Entgelt als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft wertet.

5) vgl. BAG Betr. 63, 1121, Hueck-Nipperdey, I S. 324, Gros, Arbeitsverhinderung B I, Hiersemann, S. 98, Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 1, Palme, BlStSozArbR 63, 283, Söllner, S. 206 und AcP 167, 132 ff.

anspruch nicht zu, wenn er auf Grund der ihm gewährten Freistellung keine Arbeit leistet.

Vom Grundsatz "ohne Arbeit kein Lohn" gibt es jedoch zahlreiche Ausnahmen, beispielsweise den Annahmeverzug des Arbeitgebers (§ 615 BGB) oder die vom Arbeitgeber zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (§ 324 BGB). Auch § 616 I BGB stellt eine Ausnahmebestimmung zum Satz "ohne Arbeit kein Lohn" dar¹⁾. Diese Bestimmung ist für die Frage des Arbeitsentgelts bei infolge einer Freistellung ausfallender Arbeitszeit von besonderer Bedeutung. Dagegen kommen die Vorschriften der §§ 63 I HGB, 133 c II GewO, die für kaufmännische bzw. technische Angestellte gelten und gleichfalls Lohnansprüche trotz Nichtleistung von Arbeit vorsehen, hier nicht in Betracht, weil ihr Tatbestandsmerkmal "Unglück" in den Fällen einer aus Fürsorgegründen gewährten Freistellung nicht erfüllt ist.

(2) (a) Gemäß § 616 I 1 BGB verliert der Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch nicht dadurch, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert wird.

Diese Bestimmung stellt eine Verwirklichung des personalen Fürsorgegedankens dar. Der Arbeitnehmer soll aus sozialpolitischen Gesichtspunkten bei kurzfristigen unverschuldeten Unterbrechungen seiner Tätigkeit keine Nachteile für sein Einkommen, welches seine Existenzgrundlage bildet, erleiden. Der Arbeitgeber muß mit solchen Arbeitsunterbrechungen rechnen, er kann sie weitgehend einkalkulieren, und es entspricht seiner Fürsorgepflicht,

1) vgl. zum Ausnahmecharakter des § 616 I BGB BAG AP Nr. 22 zu § 616 BGB unter B II 2 (Bl. 5R.), Söllner, AcP 167, 137

daß er trotzdem das Arbeitsentgelt in voller Höhe gewährt¹⁾.

Dem Ausnahmecharakter der Vorschrift entsprechend ist § 616 I 1 BGB freilich eng auszulegen. Wie das BAG zum Ausdruck gebracht hat²⁾, muß der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung möglichst zu vermeiden suchen. Ein Lohnfortzahlungsanspruch besteht nicht, wenn es dem Arbeitnehmer an einer Bereitschaft zur Arbeit mangelt, oder wenn er sich vorsätzlich zur Leistung unvernünftig gemacht hat³⁾.

§ 616 BGB kommt für alle Arbeitnehmer zur Anwendung, also auch für diejenigen, zu Gunsten derer die bei der Freistellung nicht anwendbaren⁴⁾ Spezialvorschriften der §§ 63 I HGB, 133 c II GewO bestehen⁵⁾.

(b) Im einzelnen ist der Lohnfortzahlungsanspruch des § 616 I 1 BGB an folgende Voraussetzungen geknüpft:

Der Arbeitnehmer muß an der Arbeitsleistung "verhindert" sein.

Im Hinblick auf die Freistellung könnte fraglich sein, ob bei einem Ruhen der Arbeitspflicht eine Verhinderung an der Arbeitsleistung gegeben sein kann. Eine "Verhinderung" i.S.d. § 616 I 1 BGB setzt jedoch nicht das Fortbestehen der Arbeitspflicht voraus. Auch im Falle der vom Arbeitnehmer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit, in welchem § 616 I BGB nach allgemeiner Ansicht anwendbar ist⁶⁾, besteht gemäß § 275 BGB eine Leistungspflicht nicht

-
- 1) BAGE 8, 297, Hueck-Nipperdey, I S. 329, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Bem. 3, Gros, Arbeitsverhinderung, B 1, Fluhr, S. 17, Palandt-Gramm, § 616 Anm. 1
 - 2) BAG AP Nr. 23 zu § 616 BGB
 - 3) Planck, § 616 Anm. 2b, Schimana, AuR 56, 322
 - 4) vgl. oben unter (1), S. 131
 - 5) LAG Hamm, AP 52 Nr. 146, Hueck-Nipperdey, I S. 329, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Bem. 5, Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 2, Schimana, AuR 56, 321
 - 6) vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 329, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Bem. 2, Höhne, BB 54, 1067, Schimana, AuR 56, 321

mehr. Hinsichtlich des Merkmals der Verhinderung ist also nicht abzustellen auf den rechtlichen Bestand der Arbeitspflicht, sondern auf das tatsächliche Ereignis, welches der Erbringung der Arbeit entgegensteht, im Falle der Freistellung also auf deren Anlaß und Zweck.

Dennoch könnte es fraglich erscheinen, ob bei einer Freistellung des Arbeitnehmers von einer "Verhinderung" gesprochen werden kann. Anlaß zu dem Bedenken gibt die Entscheidung des BAG vom 25.4.60¹⁾, wonach § 616 I BGB nur anwendbar sei, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung möglichst zu vermeiden sucht. Bei der Freistellung führt der Arbeitnehmer die Befreiung von der Arbeit aber durch die Geltendmachung seines Anspruchs²⁾ ganz bewußt herbei. Jedenfalls könnte der Arbeitnehmer den Arbeitsausfall dadurch vermeiden, daß er auf die Geltendmachung des Freistellungsanspruchs verzichtet.

Die vom BAG statuierte Vermeidungspflicht bezieht sich indes nicht auf die Herbeiführung der Freistellung, sondern auf die dem Freistellungsanspruch zugrundeliegenden tatsächlichen Ereignisse. Erfordern diese die Arbeitsbefreiung zwingend, so ist die Arbeitsverhinderung als für den Arbeitnehmer unvermeidbar anzusehen, auch wenn er auf die Geltendmachung des Freistellungsanspruchs (unter Preisgabe schutzwürdiger Interessen) verzichten könnte. Allein diese Auffassung wird dem Grundgedanken des § 616 I BGB gerecht. Würde schon die Geltendmachung des Freistellungsanspruchs eine "Verhinderung" i.S.d. § 616 I 1 BGB ausschließen, so dürfte das BAG diese Bestimmung auch nicht in dem besonderen Freistellungsfall des § 629 BGB zur Anwendung bringen³⁾.

1) AP Nr. 23 zu § 616 BGB

2) und zwar durch Antragstellung bzw. gerichtliche Erzwungung, vgl. S. 98 ff., 108 ff.

3) so aber BAG AP Nr. 1 zu § 629 BGB

Wird ein Arbeitnehmer auf Grund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers vorübergehend von der Arbeit befreit, so liegt also nur dann eine (unvermeidbare) Arbeitsverhinderung i.S.d. § 616 I 1 BGB vor, wenn der Arbeitnehmer auf die Freizeit zur Wahrung seiner schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen angewiesen ist. Das Merkmal der Verhinderung ist somit nur in denjenigen Fällen erfüllt, in welchen sich der allgemeine Freistellungsanspruch bereits aus der Verkehrsanschauung ergibt, nicht aber, wenn er lediglich auf einer Betriebsübung oder der Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers beruht¹⁾.

Der Grund der Verhinderung muß in der Person des Arbeitnehmers liegen.

Dieses Erfordernis bedeutet nicht, daß nur persönliche Eigenschaften des Arbeitnehmers, wie z.B. Krankheit oder unfallsbedingte Verletzung, als Verhinderungsgrund anzuerkennen wären. Nach neuerer Auffassung²⁾ ist ausreichend, daß die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers der Arbeitsleistung entgegenstehen.

Diese Voraussetzung ist beim allgemeinen Freistellungsanspruch, soweit nach dem oben Gesagten überhaupt eine "Verhinderung" anzuerkennen ist, stets erfüllt: das erforderliche Freizeitbedürfnis wurzelt immer in den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers.

Der Arbeitnehmer darf die Arbeitsverhinderung nicht verschuldet haben.

-
- 1) Nur die aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf Grund der Verkehrsanschauung ableitbaren Freistellungsansprüche verlangen ein Angewiesensein des Arbeitnehmers auf die Freizeit, vgl. II. Teil 1. Kap.
 - 2) vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Bem. 9, Hueck-Nipperdey, I S. 330 Fn. 21, Wlotzke-Volze, § 616 Bem. 8, Gros, Arbeitsverhinderung, B II 2a, Schimana, AuR 56, 322

Der Verschuldensbegriff ist hier nicht im Sinne einer schuldhaften Verletzung der dem Arbeitgeber gegenüber bestehenden Vertragspflichten gemäß § 276 BGB zu verstehen; es handelt sich vielmehr, ähnlich wie in § 254 BGB, um ein Verschulden gegen sich selbst. Der Arbeitnehmer muß auch außerhalb seines Dienstes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden, um die von ihm geschuldete Arbeit zu ermöglichen, und er darf die Arbeitsverhinderung nicht durch unverständiges, leichtfertiges oder gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten herbeiführen¹⁾.

Verliert der Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch schon dadurch, daß er durch eine fahrlässige Verletzung seiner eigenen Obliegenheiten die Arbeitsverhinderung verursacht, so kann einem freigestellten Arbeitnehmer erst recht dann kein Entgelt nach § 616 I 1 BGB zustehen, wenn er die tatsächlichen Verhältnisse, auf denen der Freistellungsanspruch beruht, bewußt herbeigeführt hat. Hat der Arbeitnehmer sein Angewiesensein auf die Freistellung provoziert, so entspräche es nicht mehr dem fürsorglichen Grundgedanken des § 616 I 1 BGB, würde man den Arbeitgeber, der schon zur Freistellung verpflichtet ist, auch noch mit der Fortzahlung des Arbeitsentgelts belasten.

Ein Vergütungsanspruch ist aus § 616 I 1 BGB nur für diejenigen der nach der Verkehrsanschauung bestehenden allgemeinen Freistellungsansprüche ableitbar, denen ein ohne Zutun des Arbeitnehmers entstandenes Freizeitbedürfnis zugrunde liegt. Es handelt sich um diejenigen Freistellungsfälle, bei welchen trotz dringend notwendiger Freizeit und Überwiegen der Interessen des Arbeitnehmers

1) vgl. zum Verschuldensbegriff des § 616 BGB LAG Hamm, RdA 51, 396, LAG Stuttgart, AP Nr. 1 zu 63 HGB LS. 3, Erman-Küchenhoff, § 616 Bem. 4d, Nikisch, I S. 614, Gros, Arbeitsverhinderung, B II 3, Schimana, AuR 56, 324, Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 18, Kaskel-Dersch, S. 164

nur deshalb keine Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung gegeben ist, weil das Freizeitbedürfnis zeitlich nicht ausreichend bestimmt ist¹⁾. Daß in diesen Fällen § 616 I 1 BGB nicht ausgeschlossen sein kann, ergibt sich auch aus der Überlegung, daß der Arbeitnehmer sonst besser stünde, wenn ihm zur Erledigung der betreffenden Angelegenheit nur ein ganz genau vorgeschriebener Zeitraum zur Verfügung stünde. Dann nämlich wäre die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar mit der Folge eines Anspruchs auf Entgelt aus § 616 I 1 BGB²⁾.

Die Verhinderung darf endlich nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit andauern.

Welche Zeit als nicht erheblich anzusehen ist, muß, da der Gesetzgeber eine Bestimmung hierüber nur für den Fall der Erkrankung eines Angestellten getroffen hat³⁾, vom Richter im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände und der beiderseitigen Belange entschieden werden⁴⁾. Dabei ist vor allem auf das Verhältnis der Dauer der Arbeitsverhinderung zu der bereits vergangenen und der mutmaßlichen künftigen Dauer des Arbeitsverhältnisses abzustellen⁵⁾. Freistellungen, auf welche nach der Ver-

1) vgl. zu dieser Fallgruppe S. 70 f.

2) Daß bei Unzumutbarkeit § 616 I BGB anwendbar ist, ist unstr., vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 328/329, Gros, Arbeitsverhinderung, B II 2a, Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 8, Schimana, AuR 56, 322, BAG AP Nr. 23 zu § 616 BGB LS. 2; die Formulierung des BAG: "Der Lohnfortzahlungsanspruch ist nur gegeben, wenn die Arbeitsleistung ... nicht zumuten ist" ist freilich zu eng. Das BAG wendet § 616 BGB selbst auch im Freistellungsfall des § 629 BGB an, vgl. AP Nr. 1 zu § 629 BGB

3) vgl. § 616 II 2 BGB

4) RAG ARS 25, 199, Hueck-Nipperdey, I S. 333/334, Schimana, AuR 56, 325

5) vgl. Fluhr, S. 58, Gros, Arbeitsverhinderung, B II 4, Nikisch, I S. 616, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Bem. 18, RAG ARS 14, 556/557 LS. 5, LAG München, AP 51, Nr. 155

kehrsanschauung ein Rechtsanspruch besteht, sind in aller Regel kurzfristiger Natur; das Merkmal der nicht erheblichen Zeit wird daher meist erfüllt sein.

Mehrere Freistellungen dürfen bei der Beurteilung der Erheblichkeit nicht zusammengerechnet werden, sofern sie auf verschiedenen selbständigen Verhinderungsgründen beruhen und der Arbeitnehmer zwischen den Freistellungszeiten die Arbeit wiederaufgenommen hat. Hier hat der Arbeitnehmer stets erneute Entgeltsansprüche, wenn die Freistellungen einzeln jeweils nur von verhältnismäßig unerheblicher Dauer sind¹⁾.

Erstreckt sich eine Freistellung ausnahmsweise einmal über einen längeren, erheblichen Zeitraum, so kann der Arbeitnehmer eine Vergütung für einen ersten nicht erheblichen Teilzeitraum nicht verlangen. Hinsichtlich der Lohnfortzahlung findet also keine Aufteilung der Freistellungszeit statt²⁾.

Zusammenfassend läßt sich sonach sagen, daß bei einer allgemeinen Freistellung die für eine Fortzahlung des Entgelts gemäß § 616 I 1 BGB erforderlichen Voraussetzungen nur erfüllt sind, wenn der Arbeitnehmer auf die Freistellung angewiesen ist, diese nur unerhebliche Zeit dauert und die ihr zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände vom Arbeitnehmer nicht bewußt herbeigeführt worden sind.

(c) Bei der Ableitung eines Lohnfortzahlungsanspruchs aus § 616 I 1 BGB darf nicht übersehen werden, daß es sich bei dieser Bestimmung trotz ihres sozialen Schutzcharakters um nachgiebiges Recht handelt. Dies ergibt sich aus

1) vgl. allg. zu § 616: Nikisch, I S. 617, Hueck-Nipperdey, I S. 334/335, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Bem. 20

2) vgl. BAG Betr. 60, 357 ff. zu diesem Problem des § 616 BGB allgemein

§ 619 BGB, der die zwingende Natur der §§ 617 und 618 BGB ausdrücklich festlegt, § 616 BGB aber unerwähnt läßt¹⁾. Der Vergütungsanspruch kann also vertraglich eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Letzteres geschah namentlich in älteren Tarifverträgen häufig durch die Klausel: "Bezahlte wird nur die wirklich geleistete Arbeit"²⁾. Heute werden oft sämtliche Fälle einer Dienstverhinderung, in denen das Arbeitsentgelt weitergewährt wird, in der betreffenden tariflichen oder betrieblichen Vereinbarung abschließend aufgezählt³⁾. Auch durch eine derartige Abrede wird § 616 BGB abbedungen.

(3) Ist § 616 I 1 BGB unanwendbar oder liegen seine Voraussetzungen nicht vor, und ergibt sich für die Dauer der Freistellung ein Vergütungsanspruch auch nicht aus einer besonderen Vereinbarung, so bleibt noch zu prüfen, ob sich ein Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht aus betrieblicher Übung oder der Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers herleiten läßt. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn sich der der Freistellung zugrundeliegende Anspruch selbst aus einer Betriebsübung oder der Gleichbehandlungspflicht ergibt. Aber auch bei den übrigen, auf der Verkehrsanschauung beruhenden allgemeinen Freistellungsansprüchen kann sich aus einer zunächst freiwilligen Lohnfortzahlung ein Rechtsanspruch ergeben, wenn sich eine dahingehende Betriebsübung entwickelt. Entsprechend darf der Arbeitgeber auch nicht einen einzelnen Arbeitnehmer willkürlich ohne Lohnfortzahlung freistellen, wenn er anderen

-
- 1) vgl. RAG ARS 8, 56, BAG AP Nr. 8, 23, 30 zu § 616 BGB, Fluhr, S. 18 ff., Bulla, S. 12 Fn. 11, Hueck-Nipperdey, I S. 339, Nikisch, I S. 622, Palme, BlStSozArbR 63, 286, Steinwedel, Betr. 64, 1482
 - 2) Hueck-Nipperdey, I S. 339 Fn. 71
 - 3) Höhne, BB 54, 1067, Palme, BlStSozArbR 63, 286, Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 616 Bem. 67 ff., Söllner, S. 207

Arbeitnehmern in entsprechenden Fällen für die Dauer der Freistellung freiwillig den Lohn weiterzuzahlen pflegt.

(4) Wird die Freistellungszeit - soweit dies zulässig ist¹⁾ - auf den Erholungsurlaub des Arbeitnehmers angerechnet, so ist die Vergütung stets weiterzugewähren²⁾. Andernfalls läge in der Anrechnung ein unzulässiger Verzicht auf die Urlaubsvergütung; der Urlaubsbegriff des § 1 BUG wäre nicht erfüllt.

(5) Steht dem freigestellten Arbeitnehmer ein Vergütungsanspruch zu, so bemißt sich dessen Höhe nach der sog. Lohnausfallmethode³⁾, d.h. der Arbeitnehmer kann den Arbeitsverdienst verlangen, den er im Falle der Arbeitsleistung erhalten hätte. Der Arbeitnehmer wird also nicht besser und nicht schlechter gestellt, als wenn er weitergearbeitet hätte⁴⁾. So stehen ihm beispielsweise Akkord-, Mehrarbeits- und Feiertagszulagen zu; dagegen mindert sich sein Anspruch, wenn während seiner Abwesenheit im Betrieb Feierschichten oder Kurzarbeit eingelegt wurden⁵⁾.

1) vgl. dazu S. 140 ff.

2) Hueck-Nipperdey, I S. 458, Bobrowski-Gaul, S. 340, Natzel, BUG § 1 Anm. 16

3) Bulla, S. 17 ff., Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 37

4) Gros, Arbeitsverhinderung, B IV 1, Schimana, AuR 56, 327

5) zu den Einzelheiten der Vergütungsberechnung vgl. Bulla, S. 17 ff., Hueck-Nipperdey, I S. 336 ff., Wlotzke-Volze, § 616 Anm. 37 ff., Gros, Arbeitsverhinderung, B IV 1

3. Kapitel: Auswirkung auf Erholungsurlaub und Hausarbeitstag

I. Anrechnung der Freistellungszeit auf den Erholungsurlaub

(1) Ein Recht des Arbeitgebers zur einseitigen Anrechnung der Freistellungszeit auf den Urlaub des Arbeitnehmers wird in der arbeitsrechtlichen Literatur allgemein zu Recht verneint¹⁾. Wie sich bereits aus ihrer unterschiedlichen Zweckbestimmung²⁾ ergibt, handelt es sich bei Freistellung und Erholungsurlaub um ganz verschiedene, in keinem inneren Zusammenhang stehende Berechtigungen des Arbeitnehmers. Mit der Gewährung der vom Arbeitnehmer beanspruchten Freistellung erfüllt der Arbeitgeber deshalb nicht gleichzeitig den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers³⁾. Eine Erklärung des Arbeitgebers, er rechne die Freistellungszeit auf den Urlaub an, hat keine rechtliche Wirksamkeit; der Anspruch des Arbeitnehmers auf Erholungsurlaub bleibt voll erhalten.

Eine Freistellung kann allerdings dann von Einfluß sein und dem Arbeitgeber gegen den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers eine Einrede geben, wenn sie sich - was freilich nur in seltenen Ausnahmen der Fall sein wird - über einen dermaßen langen Zeitraum erstreckt, daß sich das Verlangen nach Erholungsurlaub als rechtsmißbräuchlich darstellt.

In aller Regel ist die Freistellungszeit also nicht einseitig auf den Erholungsurlaub anrechenbar.

1) vgl. Natzel, BUG § 1 Anm. 16, Bobrowski-Gaul, S. 340, Höhne, BB 54, 1066, Gros, Freizeitgewährung, III 2 e

2) siehe S. 13 f.

3) vgl. die in Fn. 1) Genannten sowie Boldt-Röhsler, § 3 Anm. 41

(2) Mit dem Antrag auf Freistellung wird häufig der Vorschlag verbunden, die Fehlzeit auf den Urlaub anzurechnen, sei es aus Ungewißheit über die Rechtslage, sei es, um den Arbeitgeber zur wohlwollenden Prüfung des Antrags zu bewegen. Hier fragt es sich, ob eine Anrechnung der Freistellungszeit auf den Erholungsurlaub einvernehmlich möglich ist.

Ohne Einschränkung bejaht dies Steinwedel¹⁾, freilich mit dem Hinweis, daß von dieser Möglichkeit nur selten Gebrauch gemacht werde.

Überwiegend wird die Zulässigkeit einer Anrechnungsvereinbarung dagegen abhängig gemacht von der Unentgeltlichkeit der Freistellung:

Eine vertragliche Anrechnung wird für unzulässig gehalten, wenn der Arbeitnehmer von vornherein Anspruch auf bezahlte Freistellung hat. Zum Teil²⁾ wird dies damit begründet, daß andernfalls entweder die Vergütungspflicht für die Freistellung oder aber die unabdingbare Verpflichtung zur Gewährung bezahlten Erholungsurlaubs umgangen würde. Andere³⁾ sehen den Grund allein in der Unabdingbarkeit des bezahlten Urlaubs.

Dagegen wird eine vertragliche Anrechnungsvereinbarung für statthaft gehalten, wenn der Arbeitgeber für die Dauer der Freistellung eine Vergütung nicht zu zahlen hat⁴⁾. Hier entstehe dem Arbeitnehmer die besondere Vergünstigung, daß er keinen Verdienstausschlag erleide⁵⁾.

1) Betr. 64, 1482, so auch Hueck-Nipperdey, I S. 458

2) Dersch-Neumann, § 1 Anm. 51, Kanz, S. 15, Natzel, BUG § 1 Anm. 16

3) Höhne, BB 54, 1066, Gros, Abgrenzung D 2 und Freizeitgewährung, III 2 e

4) vgl. die in Fn. 2) u. 3) Genannten

5) Dersch-Neumann § 1 Anm. 51; vgl. auch Bobrowski-Gaul, S. 340, Hueck-Nipperdey, I S. 458, Natzel, BUG § 1 Anm. 16

Wie im folgenden gezeigt werden soll, hängt die Zulässigkeit einer Anrechnungsvereinbarung im Gegensatz zur Auffassung der h.L. nicht von der Frage der Vergütungspflicht ab.

Richtigerweise muß zunächst einmal der Begriff der Urlaubsanrechnung geklärt werden. Hierunter könnten die Parteien des Arbeitsverhältnisses einerseits verstehen, daß sich der dem Arbeitnehmer (noch) zustehende Erholungsurlaub um die Dauer der Freistellung verkürzen soll (a); andererseits kann die Auslegung ihrer Willenserklärungen ergeben, daß durch die Gewährung der Freistellung bereits der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers (teilweise) erfüllt werden soll (b).

(a) Soll nach dem Willen der Parteien eine Kürzung des Erholungsurlaubs um die Zeit der Freistellung eintreten, so hängt die Zulässigkeit der Anrechnungsvereinbarung allein davon ab, ob der Urlaub des Arbeitnehmers insoweit abdingbar ist oder nicht. Die "Anrechnung" der Freistellung bedeutet hier nämlich nichts anderes als eine (teilweise) Abdingung des Urlaubsanspruchs.

Handelt es sich um den gesetzlichen Mindesturlaub des Arbeitnehmers, so kommt, da dieser zwingend ist¹⁾, eine Anrechnung nicht in Frage. Das gleiche gilt für tariflichen Mehrurlaub, auf welchen gemäß § 4 IV 1 TVG nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich verzichtet werden kann. Dagegen bestehen für den einzelvertraglich vereinbarten Mehrurlaub derartige Beschränkungen im Hinblick auf die grundsätzliche Vertragsfreiheit nicht. Er ist vertraglich bis zur Grenze des gesetzlichen oder tariflichen Mindesturlaubs abdingbar²⁾. Eine Verein-

1) vgl. §§ 1, 3 I, 13 I BUG

2) Hueck-Nipperdey, I S. 453 Fn. 107, Natzel, BUG § 3 Anm. 19, Siara, § 1 Anm. 12, Dersch-Neumann, § 13 Anm. 61

barung, wonach der Urlaub des Arbeitnehmers um die Freistellungszeit gekürzt werden soll, ist somit in bezug auf einzelvertraglichen Mehrurlaub zulässig, und zwar unabhängig davon, ob die Freistellung unentgeltlich erfolgt oder nicht.

(b) Kommt der Vereinbarung nach dem Willen der Parteien dagegen die Bedeutung zu, daß die Freizeit bereits einen Teil des dem Arbeitnehmer für das betreffende Jahr zustehenden Erholungsurlaubs darstellen soll, so hängt ihre Zulässigkeit von folgenden Voraussetzungen ab: der Erholungsurlaub muß auch unzusammenhängend genommen werden können, seine Inanspruchnahme muß auch für den der Freistellung zugrundeliegenden Zweck erlaubt sein, und schließlich muß eine Abdingung des entstandenen Freistellungsanspruchs möglich sein. Die "Urlaubsanrechnung" stellt hier nämlich in Wirklichkeit lediglich eine Teilerfüllung des Urlaubsanspruchs dar unter gleichzeitigem vertraglichen Erlaß der geschuldeten Freistellung.

Nach § 7 II 1. Hs. BUG ist der Urlaub zusammenhängend zu gewähren. Von diesem Grundsatz wird jedoch im 2. Hs. 2. Alt. dieser Bestimmung eine Ausnahme zugelassen für den Fall, daß in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Teilung erforderlich machen. Dabei werden an die Erforderlichkeit der Teilung allgemein¹⁾ keine allzu hohen Anforderungen gestellt, so daß § 7 BUG der Zulässigkeit der Vereinbarung kaum je entgegenstehen wird.

Auch der Grundsatz der Zweckbindung der Freizeitgewährung beim Erholungsurlaub duldet Ausnahmen aus wichtigen Gründen in beiderseitigem Einvernehmen²⁾.

1) vgl. Gros, Freizeitgewährung, III 2 e, Hueck-Nipperdey, I S. 458 Fn. 139, Dersch-Neumann, § 1 Anm. 51, Kanz, S. 15, Bobrowski-Gaul, S. 340, Natzel, BUG § 1 Anm. 16

2) Bobrowski-Gaul, S. 340, Natzel, BUG § 1 Anm. 16

Bezüglich der Abdingbarkeit des Freistellungsanspruchs wird auf die Ausführungen im II. Teil 3. Kapitel verwiesen. Wie dort gezeigt wurde, ist ein vertraglicher Erlaß nur bei allgemeinen Freistellungsansprüchen möglich, die auf einer Betriebsübung oder der Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers beruhen, auf deren Erfüllung der Arbeitnehmer also nicht angewiesen ist.

Eine Einschränkung dahin, daß eine Urlaubsanrechnung nur bei unentgeltlich erfolgenden Freistellungen möglich sei, ist nicht gerechtfertigt. In der "Anrechnung" liegt keine Umgehung der Unabdingbarkeit des bezahlten Urlaubs, denn bei der dem Arbeitnehmer gewährten Freizeit handelt es sich ja in Wahrheit gerade um einen Teil seines Erholungsurlaubs. Aus demselben Grunde kann auch nicht davon die Rede sein, daß die evtl. Vergütungspflicht für die Freistellungszeit umgangen würde.

Eine Vereinbarung, wonach die an sich als Freistellung beanspruchbare Freizeit in der Form des Erholungsurlaubs gewährt werden soll, muß ausdrücklich¹⁾ und vor Antritt²⁾ der betreffenden Freizeit getroffen werden. Natzel³⁾ leitet dies aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab. Dersch-Neumann⁴⁾ begründet dies damit, daß der Arbeitnehmer von vornherein wissen müsse, daß er Urlaub hat, weil er nur dann in der Lage sei, die ihm gewährte Freizeit zweckentsprechend, d.h. urlaubsmäßig zu verwenden⁵⁾. Gegen dieses Argument ist jedoch einzuwenden, daß der Arbeitnehmer hier erklärtermaßen von vornherein nicht beabsichtigt, die gewährte Freizeit zu seiner Erholung zu be-

1) insoweit richtig Dersch-Neumann, § 1 Anm. 51

2) insoweit richtig Natzel, BUG § 1 Anm. 16,
Dersch-Neumann, § 10 Anm. 24

3) BUG § 1 Anm. 16

4) § 10 Anm. 24

5) entsprechend auch BAG BB 65, 84 f. für durch den Betriebsablauf angefallene arbeitsfreie Tage

nutzen. Der Grund liegt vielmehr in der Klarstellung, welche angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen von Freistellung und Erholungsurlaub erforderlich ist.

II. Einfluß auf den Hausarbeitstag

Nach §§ 2 II HATG Bremen, 2 III HATG Hamburg und 3 I HATG Niedersachsen entfällt der monatliche Hausarbeitstagsanspruch, wenn die Arbeitnehmerin mehr als fünf Tage von der Arbeit befreit war. Dabei ist die Art der Arbeitsbefreiung ohne Bedeutung¹⁾.

Einer Arbeitnehmerin, bei der im übrigen die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, geht somit der Hausarbeitstag verloren, wenn sie länger als fünf Tage in dem betreffenden Monat freigestellt war, und zwar auch dann, wenn sie während der Freistellungszeit keine Gelegenheit zur Besorgung ihrer Hausarbeit hatte. Verteilt sich die Freistellungszeit auf zwei Monate, und fallen auf beide Monate mehr als je fünf Tage, so entfällt der Hausarbeitstag für beide Monate²⁾.

Im HATG von Nordrhein-Westfalen fehlt eine entsprechende Bestimmung. Hier bleiben selbst längere Freistellungen grundsätzlich ohne Einfluß auf den Hausarbeitstagsanspruch. Ist dessen Erfüllung infolge der anderweitigen Freizeit nicht mehr möglich, so ist er abzugelten³⁾.

1) BAG BB 63, 42 f.

2) vgl. Boldt-Röhsler, § 3 Anm. 42, Nikisch, I S. 565

3) BAG AP Nr. 6, 16 zu § 1 HATG Nordrh.-Westf., Bobrowski-Gaul, S. 352/353, Hueck-Nipperdey, I S. 724, Nikisch, I S. 569, Boldt-Röhsler, § 3 Anm. 42

4. Kapitel: Weitere Rechtsfolgen

I. Freistellung und Bestand des Arbeitsverhältnisses

Die Freistellung führt zum vorübergehenden Ruhen der Arbeitspflicht, derjenigen Verpflichtung des Arbeitnehmers also, um derentwillen das Arbeitsverhältnis eingegangen wurde¹⁾. Häufig ist der Arbeitgeber für die Dauer der Freistellung auch von der Lohn- und Gehaltszahlung entbunden²⁾. Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob während der Freistellungszeit von einem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses überhaupt noch gesprochen werden kann.

Der rechtliche Bestand eines Arbeitsverhältnisses ist Voraussetzung zahlreicher Rechte und Pflichten, welche erlöschen bzw. nicht entstehen würden, wenn eine Freistellung die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses zur Folge hätte.

Mitunter hängen Rechtsfolgen auch von einer bestimmten Dauer des Arbeitsverhältnisses ab. So wird beispielsweise der volle Urlaubsanspruch nach § 4 BUG erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben³⁾. Von der gleichen Bestandsdauer hängt auch der Kündigungsschutz des § 1 KSchG ab⁴⁾. Bei einer Unterbre-

1) vgl. S. 5, 123

2) vgl. IV. Teil 2. Kap. (S. 127 ff.)

3) h.L., vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 438, Dersch-Neumann, § 4 Anm. 37, Bobrowski-Gaul, S. 311, Kettner-Lux-Mager, § 4 Anm. 2, Siara, § 4 Anm. 4, Sturn, § 4, Stahlhacke, § 4 Anm. 16 f.; a.A. Borrmann, § 4 Anm. 10, Natzel, BUG § 4 Anm. 13, Kammann-Ziepke, § 4 Anm. 4 ff., die auf die Eingliederung in den Betrieb und damit auf die tatsächliche Arbeitsleistung abstellen wollen, sich damit aber in Widerspruch zum klaren Wortlaut des § 4 BUG setzen.

4) vgl. § 1 I KSchG i.d.F. vom 25.8.69; die frühere Fassung vom 10.8.51 stellte nicht auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auf die ununterbrochene Beschäftigung in demselben Betrieb oder Unternehmen ab.

chung des Arbeitsverhältnisses infolge der Freistellung würden diese Wartezeiten gehemmt, wenn nicht gar ebenfalls unterbrochen.

Von einer rechtlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses kann nur gesprochen werden, wenn sämtliche beiderseitigen Rechte und Pflichten zum Erliegen kommen.

Das durch Abschluß des Arbeitsvertrages begründete Arbeitsverhältnis stellt inhaltlich einen umfassenden Komplex gegenseitiger Verpflichtungen und Berechtigungen dar. Zwar kommt unter diesen der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers sowie der Vergütungspflicht des Arbeitgebers als den synallagmatischen Hauptpflichten ein dominierender Rang zu. Daneben bestehen jedoch mannigfaltige Rechte und Pflichten, die sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergeben und die ihre konkrete Ausprägung teilweise durch den Gesetzgeber, zum Teil auch erst durch Rechtsprechung und Lehre erfahren haben. Diese nicht unbedeutenden Bindungen der Arbeitsvertragsparteien bleiben von einer Freistellung unberührt¹⁾. Eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses tritt selbst im Falle einer unentgeltlichen Arbeitsbefreiung durch den Arbeitgeber nicht ein.

Eine Freistellung ist mithin ohne Einfluß auf solche Ansprüche und Verpflichtungen beider Partner, die an den Bestand des Arbeitsverhältnisses bzw. an seine Dauer anknüpfen. So ist im Fall des erwähnten § 4 BUG bei der Berechnung der Bestandsdauer des Arbeitsverhältnisses eine während der ersten sechs Monate gewährte Freistellung mitzuzählen, weil die Wartezeit durch sie weder gehemmt noch unterbrochen wird²⁾.

1) so auch LAG Hamm, BB 53, 321 Ziff. 2 bezgl. der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei einer Freistellung für Arbeiten im eigenen landwirtschaftlichen Betrieb.

2) so auch Stahlhacke, § 4 Anm. 27, Boldt-Röhsler, § 4 Anm. 32, Menten, S. 128, der aber eine Ausnahme für die Fälle des Rechtsmißbrauchs machen will.

II. Freistellung und Betriebszugehörigkeit

Läßt die Freistellung den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses unberührt, so folgt daraus nicht notwendig, daß auch die sog. Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers erhalten bliebe. Die Betriebszugehörigkeit ist nämlich in viel stärkerem Maße abhängig von der tatsächlichen Arbeitsleistung. Während das Arbeitsverhältnis bereits durch den Abschluß des Arbeitsvertrages zustande kommt¹⁾, bewirkt erst die tatsächliche Arbeitsaufnahme nach der Einstellung die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers²⁾. Es stellt sich daher die Frage, ob die mit der Freistellung verbundene Unterbrechung der Arbeitsleistung auch eine Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit mit sich bringt.

Die Betriebszugehörigkeit hat für das Arbeitsrecht in immer stärkerem Umfang an Bedeutung gewonnen. Abgesehen davon, daß die Betriebszugehörigkeit allgemein Voraussetzung für die Anwendung des Direktionsrechts und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist, kehrt sie als Tatbestandsmerkmal vieler arbeitsrechtlicher Vorschriften und damit als Voraussetzung für die Entstehung zahlreicher Rechte und Pflichten der beiden Partner im Arbeitsverhältnis wieder. Oft wird die Betriebszugehörigkeit auch als selbstverständlich vorausgesetzt, beispielsweise bei der Ausübung des aktiven Wahlrechts zur Bildung des Betriebsrats³⁾.

Häufig wird die Entstehung bestimmter Rechte und Pflichten abhängig gemacht von einer gewissen Dauer der Betriebs-

1) so die h.L., anders die Eingliederungstheorie von Nikisch, vgl. Nikisch, I S. 168 Fn. 38, 175 ff.

2) vgl. Maurer, B I und Vogt, BB 56, 822 III

3) Maurer, E VIII 1

zugehörigkeit. So setzt § 7 I 1 BetrVG für die Wahlbarkeit zum Betriebsrat eine mindestens einjährige Betriebszugehörigkeit voraus. Ein besonders augenfälliges Beispiel hierfür gibt § 2 I AngKSchG, der die Kündigungsfrist bei Angestellten je nach der Dauer ihrer Beschäftigung auf bis zu sechs Monate verlängert. (Wenn hier nicht der Begriff der Betriebszugehörigkeit verwendet, sondern auf die Beschäftigungsdauer abgestellt wird, so soll damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß ein Wechsel des Betriebes innerhalb desselben Unternehmens unschädlich ist. Im übrigen aber sind beide Begriffe gleichbedeutend¹⁾.) Die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist häufig auch Bemessungsgrundlage für Prämien, Gratifikationen, Ruhegeldbezüge und sonstige Vergünstigungen²⁾. In all diesen Fällen fragt es sich dann, ob bei der Ermittlung der Betriebszugehörigkeitsdauer Freistellungszeiten des Arbeitnehmers mitzurechnen sind.

Wieder andere Bestimmungen stellen auf das Merkmal der ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit ab. Gemäß § 19 I 1 JASchG steht beispielsweise einem jugendlichen Arbeitnehmer Erholungsurlaub erstmals nach einer ununterbrochenen Beschäftigung von mehr als drei Monaten zu. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob eine Freistellung während des betreffenden Zeitraums zur Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit und somit zu einem neuen Fristbeginn ohne Anrechnung der schon vergangenen Zeit führt.

Die rechtliche Bedeutung der Freistellung für den Bestand der Betriebszugehörigkeit hängt von der allgemeinen Frage ab, welche Arbeitsunterbrechungen geeignet sind, die Betriebszugehörigkeit aufzuheben.

1) vgl. Maurer, E III 1, Vogt, BB 56, 821, Menten, S. 56, Prasse, AuR 54, 106, Nikisch, I S. 165
2) vgl. Röhslers, Betr. 63, 1049, Maurer, E V - VII

Ebensowenig, wie der Gesetzgeber den Begriff der Betriebszugehörigkeit umschrieben und definiert hat, besteht eine allgemeine Regelung hinsichtlich ihrer Unterbrechung. Nur für wenige Einzelfälle findet sich eine gesetzliche Bestimmung, wonach die Zeit der Arbeitsunterbrechung auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit anzurechnen ist¹⁾ bzw., daß dem Arbeitnehmer für den Nachweis der Dienstzeit keine Nachteile erwachsen dürfen²⁾.

In der Rechtslehre wird teilweise vertreten³⁾, die Betriebszugehörigkeit dauere ungeachtet etwaiger Arbeitsunterbrechungen bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort, denn wer infolge eines Arbeitsverhältnisses auch nur rechtlich noch mit dem Betrieb verbunden sei, nehme noch Anteil am betrieblichen Geschehen und gehöre demzufolge dem Betrieb noch an. Nach dieser Auffassung könnte also eine Freistellung die Betriebszugehörigkeit ebensowenig unterbrechen wie Arbeitspausen, Krankheits- und Urlaubszeiten.

Gegen diese Ansicht ist jedoch einzuwenden, daß dann alle gesetzlichen Regelungen überflüssig wären, die, wie die in Fußnoten 1) und 2) genannten, die Anrechnung der Arbeitsunterbrechung auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit anordnen. Abgesehen davon entspricht diese Lehrmeinung auch nicht dem Sinn derjenigen Vorschriften, welche eine längere Betriebszugehörigkeit verlangen, weil ihre Rechtsfolge vom Eintritt eines bestimmten Erfolges abhängig sein soll, der sich regelmäßig erst nach längerer tatsächlicher Beschäftigung einstellt. So macht § 7 BetrVG die Wählbarkeit zum Betriebsrat von einer einjährigen Betriebszugehörigkeit abhängig, weil diese Frist nach An-

1) vgl. z.B. § 6 II ArbPlSchG

2) so etwa die Gesetze über den Sonderurlaub von Jugendleitern etc. der Länder Baden-Württemberg, Hamburg, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz

3) so von Nikisch, I S. 165 und Vogt, BB 56, 823

sicht des Gesetzgebers erforderlich ist, um den Kandidaten mit dem Betrieb und seinen Belangen in einem Maße vertraut zu machen, welches eine ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied erwarten läßt¹⁾. Der Zweck solcher Bestimmungen würde vereitelt, würde man allein auf den rechtlichen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abstellen und die jeweilige Rechtsfolge auch dann eintreten lassen, wenn der Arbeitnehmer während der jeweiligen Frist ganz oder doch überwiegend freigestellt war.

Anderer Ansicht zufolge ist eine Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit davon abhängig, ob der Arbeitnehmer die Arbeitsunterbrechung verschuldet hat oder nicht²⁾. - Diese Auffassung verkennt, daß es sich bei der Betriebszugehörigkeit um ein rein objektives Merkmal handelt. Eine verschuldete Arbeitsverhinderung kann allenfalls dazu führen, daß sich der Arbeitnehmer auf die evtl. fortdauernde Betriebszugehörigkeit nicht mehr berufen darf. Dies ist aber eine Frage der unzulässigen Rechtsausübung; die Betriebszugehörigkeit kann davon begrifflich nicht berührt werden³⁾.

Teilweise wird auch auf die Dauer der Arbeitsverhinderung abgestellt und eine Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit nur bei längeren Fehlzeiten angenommen⁴⁾. Diese Auffassung führt jedoch zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit, da eine klare Abgrenzung zwischen kürzeren und längeren Unterbrechungen der Arbeit kaum möglich ist⁵⁾.

1) vgl. Fitting-Kraegeloh-Auffarth, § 7 Anm. 14, Dietz, § 7 Anm. 6, Menten, S. 133, Nikisch, RdA 60, 4 Fn. 15, Prasse, AuR 54, 105

2) Neumann-Duesberg, NJW 51, 11, Röhsler, Betr. 63, 995, Maurer, C

3) Vogt, BB 56, 823

4) so Hueck, KSchG § 1 Anm. 20 b, Rohlfing-Rewolle, § 1 Anm. 13, Maurer, C I, Neumann-Duesberg, S. 243

5) Vogt, BB 56, 823, Röhsler, Betr. 63, 995

Die aufgeworfene Frage, wann Arbeitsausfälle zur Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit führen, läßt sich nicht generell entscheiden. Sofern spezielle gesetzliche Regelungen bzw. vertragliche Vereinbarungen hierüber fehlen, kommt es vielmehr auf den Zweck der jeweiligen Vorschrift an.

Eine bestimmte Rechtsfolge kann aus verschiedenen Gründen an das Merkmal der Betriebszugehörigkeit geknüpft sein:

Dies kann geschehen, weil die Rechtsfolge erst eintreten soll, wenn der Arbeitnehmer so lange seine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht hat, daß ein bestimmter davon abhängiger Umstand eingetreten ist. Hierher gehört die bereits erwähnte Vorschrift des § 7 BetrVG, welche das passive Wahlrecht davon abhängig machen will, daß der Arbeitnehmer sich eingearbeitet und mit dem Betriebsleben vertraut gemacht hat¹⁾.

Die Bindung an die Betriebszugehörigkeit kann aber auch Zwecke verfolgen, die unabhängig sind vom Maß der tatsächlich geleisteten Arbeit. Wenn etwa die betrieblichen Mitbestimmungsrechte nur von Betriebsangehörigen ausgeübt werden können, so hat hier das Merkmal der Betriebszugehörigkeit lediglich eine Ordnungs- und Abgrenzungsfunktion. Hierhin gehört auch die Vorschrift des § 2 I AngKSchG, deren sozialer Schutzzweck gleichfalls unabhängig ist von der tatsächlichen Arbeitsleistung.

Eine Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit durch Arbeitsausfälle kommt nur bei der zuerst genannten Gruppe in Betracht. Eine Anrechnung der Fehlzeit auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit kann u.U. dem Zweck jener Vorschriften zuwiderlaufen, wenn nämlich der von der tatsächlichen Arbeitsleistung erhoffte Umstand, um des-

1) vgl. S. 151 zu Fn. 1)

sentwillen die Rechtsfolge an eine gewisse Dauer der Betriebszugehörigkeit geknüpft wird, infolge der Arbeitsunterbrechung auszubleiben droht. Dies ist freilich nicht bei allen Arbeitsausfällen der Fall. Entscheidend ist, ob die Arbeitsunterbrechung so gravierend ist, daß der Zweck der jeweiligen Vorschrift nicht mehr erreicht werden kann¹⁾. Wann dies der Fall ist, kann nur im Einzelfall für die betreffende Vorschrift unter Berücksichtigung aller Umstände entschieden werden. So ist hinsichtlich § 7 BetrVG eine tatsächliche Unterbrechung nur dann erheblich, wenn der gesamte Zeitraum, in welchem der Arbeitnehmer Arbeit tatsächlich geleistet hat, unter Würdigung aller Gesichtspunkte nicht ausreicht, um dem Kandidaten die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen in einem dem Zweck der Vorschrift genügenden Maße zu vermitteln. Hier gewinnt Bedeutung, ob es sich im Einzelfall um einen kleineren, leicht überschaubaren Betrieb handelt oder aber um einen Großbetrieb, mit dessen Belangen sich ein Arbeitnehmer nur langsam vertraut machen kann. Stets mitzuberücksichtigen ist auch, in welchem Umfang die gesetzlich vorgesehene Frist durch sonstige Fehlzeiten schon verkürzt ist²⁾.

Verfolgt eine auf die Betriebszugehörigkeit abstellende Vorschrift dagegen einen Zweck, der unabhängig ist vom Maße der erbrachten Arbeit, so bleibt die Betriebszugehörigkeit auch während einer längeren Arbeitsunterbrechung erhalten.

In Anwendung dessen ergibt sich für den speziellen Fall der auf Grund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gewährten Freistellung von der Arbeit folgendes:

1) vgl. Mierseemann, S. 105 5, Maurer, E II 2 für § 1 KSchG i.d.F. v. 10.8.51

2) vgl. Menten, S. 135

Grundsätzlich wird die Betriebszugehörigkeit des freigestellten Arbeitnehmers nicht unterbrochen, so daß die Freistellungszeit bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeitsdauer mitzuzählen ist. Ausnahmsweise jedoch ist eine Unterbrechung anzunehmen, wenn entweder eine spezielle dahingehende gesetzliche oder vertragliche Regelung besteht oder aber, wenn die Freistellung so lange andauerte, daß bei einer Anrechnung der Freistellungszeit auf die Betriebszugehörigkeit der Zweck einer Vorschrift, welche eine Rechtsfolge von einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig macht, im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände gefährdet wäre.

Führt sonach die Freistellung ausnahmsweise zur Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit, so fragt sich, ob die in der betreffenden Vorschrift vorgesehene Wartezeit unterbrochen oder aber nur gehemmt wird. Dies richtet sich danach, ob in der Bestimmung lediglich auf die Betriebszugehörigkeit von einer gewissen Dauer abgestellt wird, oder aber, ob die Rechtsfolge davon abhängig sein soll, daß diese ununterbrochen bestanden hat:

Verlangt die Bestimmung eine ununterbrochene Betriebszugehörigkeit¹⁾, so kommt eine Zusammenrechnung der vor und nach der Freistellung liegenden Beschäftigungszeiten nicht in Betracht. Hier beginnt nach der Freistellung eine neue Wartezeit; es tritt also eine echte Unterbrechung ein²⁾.

Wird dagegen keine Kontinuität der Betriebszugehörigkeit vorausgesetzt³⁾, so sind beide Arbeitsperioden zusammenzurechnen; die Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit bewirkt dann nur eine Hemmung der Wartezeit⁴⁾.

1) so § 1 I KSchG i.d.F. vom 10.8.51

2) vgl. Hueck, KSchG, § 1 Anm. 20 zu § 1 KSchG i.d.F. vom 10.8.51

3) wie beispielsweise in § 7 BetrVG

4) vgl. Prasse, AuR 54, 107 zu § 7 BetrVG

III. Freistellung und Anwesenheitszeit

In vielen Betrieben werden seit einiger Zeit sog. Anwesenheitsprämien bezahlt. Darunter sind besondere Zuwendungen an diejenigen Arbeitnehmer zu verstehen, welche innerhalb eines bestimmten Zeitraumes immer oder doch mehr als eine festgesetzte Mindestzahl von Arbeitstagen anwesend waren. Wer verschuldet oder unverschuldet gefehlt hat und deshalb diese Voraussetzung nicht erfüllt, bekommt die Prämie nicht oder nicht in voller Höhe ausbezahlt. Mit dieser Vergünstigung will der Arbeitgeber einen Anreiz schaffen, den Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag möglichst uneingeschränkt nachzukommen, und auf diese Weise vermeiden, daß der Betriebsablauf durch den Ausfall von Arbeitskräften infolge mangelnder Arbeitsmoral beeinträchtigt wird¹⁾.

Im Zusammenhang mit der Freistellung des Arbeitnehmers stellt sich die Frage, ob der durch sie bedingte Arbeitsausfall als Fehlzeit bewertet werden darf und somit zum Verlust der (vollen) Prämie führen kann. Dem könnte entgegenstehen, daß der Arbeitnehmer auf Grund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers einen rechtlichen Anspruch auf die Gewährung der Freistellung besitzt. In dem mit der Prämie verbundenen Anreiz, auf die Geltendmachung dieses Anspruchs zu verzichten, könnte der unzulässige Versuch des Arbeitgebers liegen, die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit zur Ausschaltung sozialer Schutzzwecke zu mißbrauchen.

Mit dieser Begründung hat das BAG in einem Urteil vom 28.3.63²⁾ eine Anwesenheitsprämienregelung, in welcher

1) vgl. Trappe, BB 66, 128 ff.

2) SAE 63, 235 ff. mit abl. Anm. von Gangloff, zust. dagegen Trappe, BB 66, 130 und Hiersemann, S. 102

Hausarbeitstage weiblicher Arbeitnehmer als Fehlzeit bewertet wurden, insoweit wegen Verstoßes gegen § 134 BGB für unwirksam erklärt.

Dieser Entscheidung des BAG ist nur im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung beizupflichten. Allein der Umstand, daß es sich beim Hausarbeitstag um ein soziales Schutzrecht der Arbeitnehmerin handelt, kann die Bewertung als Fehlzeit nicht unzulässig machen. Träfe dies zu, so wären alle Prämienregelungen insoweit unzulässig, als sie Abwesenheitszeiten, zu denen der Arbeitnehmer zu seinem Schutze berechtigt ist, als Fehlzeit bewerten; in diesen Fällen besteht für den Arbeitnehmer ja stets ein gewisser Anreiz, den ihm von der Rechtsordnung eingeräumten Schutz nicht in Anspruch zu nehmen, um sich die Prämie zu erhalten. Auch beispielsweise Krankheitstage dürften dann niemals zu einem Entfall der Prämie führen, handelt es sich doch auch bei denjenigen Normen, welche dem Arbeitnehmer gestatten, bei einer Krankheit der Arbeit fernzubleiben und ihm ermöglichen, sie ohne Schmälerung seines Lebensunterhaltes auszuheilen, um soziale Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers¹⁾. Soweit geht aber das BAG nicht. In der erwähnten Entscheidung zum Hausarbeitstag bringt der erkennende Senat zum Ausdruck, daß in einer Verweigerung der Prämienzahlung keine sittenwidrige Benachteiligung liege, wenn der Arbeitnehmer wegen einer Krankheit gefehlt hat²⁾.

Der eigentliche Grund, weswegen Hausarbeitstage im Gegensatz zu Krankheitszeiten im Rahmen einer Anwesenheitsprämienregelung nicht als Fehlzeit bewertet werden dürfen, liegt vielmehr in folgendem: Während bei einer Krankheit eine Berechtigung zum Fehlen nur insoweit be-

1) Gangloff, SAE 63, 237

2) SAE 63, 236

steht, als dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung im konkreten Fall unmöglich bzw. unzumutbar ist, steht der Hausarbeitstag allen Frauen, bei denen die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, zu, ohne daß für die Arbeitsbefreiung im Einzelfall noch ein besonderes Bedürfnis vorliegen müßte¹⁾. Daher besteht beim Hausarbeitstag keine Gefahr einer mißbräuchlichen Inanspruchnahme. Seine Bewertung als Fehlzeit ist unzulässig, weil sie ausschließlich den sozialwidrigen Zweck verfolgt, Schutzrechte nicht wahrzunehmen. Demgegenüber erfüllt die Anwesenheitsprämie im Fall einer Krankheit, in welchem die Berechtigung des Arbeitnehmers zum Fehlen oft nur schwer kontrollierbar ist, ihre eigentliche Aufgabe, nämlich Mißbräuche zu vermeiden und einen Anreiz zur Pflichterfüllung zu geben.

Allgemein läßt sich somit folgendes sagen:

Grundsätzlich darf jede Art von Arbeitsausfall als Fehlzeit bewertet werden. Eine entsprechende Regelung ist jedoch bei solchen Arbeitsversäumnissen, zu denen der Arbeitnehmer aus sozialen Schutzgründen berechtigt ist, ausnahmsweise dann unzulässig, wenn sie zur Vermeidung von Mißbräuchen nicht erforderlich ist und ausschließlich den Zweck verfolgen kann, den Arbeitnehmer zum Verzicht auf die Inanspruchnahme seiner Rechte zu bewegen.

Für den allgemeinen Freistellungsanspruch bedeutet dies:

Nur bei denjenigen Arbeitsbefreiungen, die auf Grund der Verkehrsanschauung zu gewähren sind, könnte die Bewertung der ausfallenden Arbeit als Fehlzeit unzulässig sein, da nur sie sozialen Schutzcharakter haben. Gerade diese Fälle verlangen jedoch stets ein - oft nur schwer

1) insoweit auch das BAG, vgl. aaO., S. 236

nachprüfbares - Freistellungsbedürfnis des Arbeitnehmers¹⁾. Bei ihnen besteht wiederum die Gefahr des Mißbrauchs. Eine Anwesenheitsprämienregelung, welche den Verlust der (vollen) Prämie bei der Inanspruchnahme derartiger Freistellungen vorsieht, bezweckt also nicht nur, den Arbeitnehmer zum Verzicht auf seine Rechte zu bewegen, sondern entspricht dem anzuerkennenden Interesse des Arbeitgebers an der Eindämmung von Mißbräuchen und ist daher zulässig..

Sofern nichts Abweichendes vereinbart ist, dürfen also Anwesenheitsprämienregelungen die Bewertung von Freistellungen als Fehlzeit vorsehen.

1) vgl. S. 58

Zusammenfassung des vierten Teils

Die Freistellung führt zum Ruhen der Arbeitspflicht während der vom Arbeitgeber bestimmten oder den Umständen zu entnehmenden Zeit.

Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Nachholung der infolge der Freistellung ausgefallenen Arbeit besteht grundsätzlich nicht. Sie kann auch nur in engen Grenzen vertraglich begründet werden.

Ein Widerruf der erteilten Freistellung ist ausnahmsweise zulässig, wenn die Voraussetzungen des allgemeinen Freistellungsanspruchs nachträglich durch den Eintritt unvorhersehbarer Umstände entfallen. Vorzeitige Weiterbeschäftigung kann der Arbeitnehmer nur beanspruchen, wenn sie dem Arbeitgeber ohne weiteres möglich und zumutbar ist.

Abgesehen von den Fällen, in welchen sich ein Vergütungsanspruch aus einer Betriebsübung oder der Gleichbehandlungspflicht ergibt, steht dem freigestellten Arbeitnehmer ein Anspruch auf Bezahlung der ausgefallenen Arbeitszeit allenfalls nach der - freilich abdingbaren - Vorschrift des § 616 I BGB zu.

Die Voraussetzungen dieser Norm sind im Falle der allgemeinen Freistellung nur erfüllt, wenn der Arbeitnehmer auf die Arbeitsbefreiung angewiesen ist, diese nur unerhebliche Zeit dauert und die ihr zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände vom Arbeitnehmer nicht bewußt herbeigeführt worden sind.

Der Umfang der Vergütung bemißt sich gegebenenfalls nach der Lohnausfallsmethode.

Die Freistellungszeit kann vom Arbeitgeber nicht einseitig auf den Erholungsurlaub des Arbeitnehmers angerechnet werden.

Eine vertraglich vereinbarte Kürzung des Erholungsurlaubs um die Freistellungszeit ist nur in bezug auf abdingbaren Mehrurlaub des Arbeitnehmers zulässig.

Eine Vereinbarung, wonach die als Freistellung beanspruchbare Freizeit in der Form des Erholungsurlaubs gewährt werden soll, kann nur getroffen werden, wenn der betreffende Freistellungsanspruch abdingbar ist. Sie muß vor Antritt der Freizeit erfolgen.

In einigen Bundesländern kann die Freistellung zum Verlust des Anspruchs auf den monatlichen Hausarbeitstag führen.

Die Freistellung von der Arbeit läßt den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses unberührt.

Grundsätzlich wird auch die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers durch seine Freistellung nicht unterbrochen, so daß die Freistellungszeit bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeitsdauer mitzuberücksichtigen ist. Ausnahmsweise jedoch ist eine Unterbrechung anzunehmen, wenn entweder eine dahingehende spezielle gesetzliche oder vertragliche Regelung besteht oder aber, wenn die Freistellung so lange andauert, daß bei einer Anrechnung der Freistellungszeit auf die Betriebszugehörigkeit der Zweck einer Vorschrift, welche eine Rechtsfolge von einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig macht, im Einzelfall gefährdet wäre.

Die Bewertung von Freistellungen als Fehlzeit im Rahmen von Anwesenheitsprämienregelungen ist zulässig.

SCHLUSSBEMERKUNG

Wohl jeder Arbeitnehmer wird im Verlauf seines Arbeitsverhältnisses mehrfach in eine Lage geraten, in welcher ihm ein Rechtsanspruch auf Freistellung von der Arbeit zusteht. Wie gezeigt worden ist, setzt ein solcher Anspruch nicht durchweg eine entsprechende spezielle gesetzliche oder vertragliche Regelung voraus. Freistellungsansprüche können sich vielmehr auch unabhängig von einer besonderen Normierung aus der dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht ergeben.

So leitet die heutige Verkehrsanschauung aus der Fürsorgepflicht Freistellungsansprüche in bestimmten Fällen ab, in welchen der Arbeitnehmer zur Wahrung schutzwürdiger Interessen auf die Gewährung zusätzlicher Freizeit durch den Arbeitgeber angewiesen ist. Der Freistellungsanspruch will hier den mit der Arbeitspflicht kollidierenden außerbetrieblichen Interessen des Arbeitnehmers Rechnung tragen. Die mit der Arbeitsbefreiung verbundene Belastung wird dem Arbeitgeber von der Rechtsordnung in Verwirklichung des grundgesetzlich verankerten Sozialstaatsprinzips¹⁾ auferlegt.

Andere Züge tragen demgegenüber diejenigen Freistellungsansprüche, welche auf Grund einer betrieblichen Übung aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folgen. Sie dienen nicht dem Schutz außerdienstlicher Interessen des Arbeitnehmers, sondern wollen ihm lediglich eine im Betrieb übliche Vergünstigung ebenfalls zukommen lassen und rechtlich sichern. Ihnen liegt eine freiwillige sozialpolitische Entscheidung des Arbeitgebers zugrunde.

1) vgl. Art. 20 I GG

In gewisser Hinsicht dient der allgemeine Freistellungsanspruch freilich auch in dieser Ausgestaltung dem Schutz des Arbeitnehmers. Der Grund, weswegen bei einer Betriebsübung aus einer ursprünglich freiwilligen Leistung des Arbeitgebers ein entsprechender Rechtsanspruch des Arbeitnehmers hervorgeht, ist nämlich letztlich das vom Arbeitnehmer berechtigterweise in die Fortführung der betrieblichen Gepflogenheit gesetzte und zu schützende Vertrauen.

Auch diejenigen Freistellungsansprüche schließlich, welche sich aus Gründen innerbetrieblicher Gerechtigkeit nach dem Gleichbehandlungsprinzip aus der Fürsorgepflicht ableiten lassen, verfolgen mit ihrem Ziel, eine rechtliche Handhabe gegen willkürliche und darum ehrverletzende Ungleichbehandlungen zu verschaffen, letztlich den Schutz des Arbeitnehmers.

Die rechtliche Behandlung des allgemeinen Freistellungsanspruchs erfordert zahlreiche Differenzierungen. Wie gezeigt wurde, bestehen diesbezüglich Unterschiede insbesondere zwischen den aus der Verkehrsanschauung ableitbaren Freistellungsansprüchen und jenen, welche aus einer betrieblichen Übung bzw. der Gleichbehandlungspflicht folgen. Diese Abweichungen beruhen auf der verschiedenen rechtlichen Qualität jener Konkretisierungsfaktoren. Sie dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß der allgemeine Freistellungsanspruch in all diesen Erscheinungsformen seine rechtliche Begründung in der Fürsorgepflicht findet, jener vielschichtigen Grundpflicht des Arbeitgebers, welche das gesamte Arbeitsverhältnis beherrscht.

Lebenslauf

Am 19. Juli 1943 wurde ich in Berlin geboren. Meine Eltern sind der Hüttendirektor Dr. Manfred Wohlgemuth und dessen Ehefrau Erika, geb. Seck. Ich bin deutscher Staatsangehörigkeit.

Ab Herbst 1949 ging ich in Stuttgart zur Volksschule. Anschließend besuchte ich das dortige Karlsgymnasium, später das Goethe-Gymnasium in Essen, schließlich das Friedrich-Bährens-Gymnasium in Schwerte/Ruhr. Hier legte ich am 2.3.1963 die Reifeprüfung ab.

Vom Sommersemester 1963 an studierte ich Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen, der Universität Hamburg sowie zuletzt an der Ludwig-Maximilians-Universität München, wo ich am 1.8.1968 die erste juristische Staatsprüfung bestand.

Seit Dezember 1968 befinde ich mich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts München.

